El Problema del Positivismo Jurídico

Norberto Bobbio

12

BÉFDP

BIBLIOTECA de ÉTICA, FILOSOFÍA del DERECHO y POLÍTICA

Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política

DIRIGIDA POR

Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

12

NORBERTO BOBBIO

EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

DISTRIBUCIONES FONTAMARA

Título original: *Il problema del positivismo giuridico*
Versión castellana: *Ernesto Garzón Valdés*

Primera edición: 1991, Distribuciones Fontamara, S. A.
Novena reimpresión: 2007

ISBN 978-968-476-137-7

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.
Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

Introducción

Reúno en este libro tres estudios ya publicados separadamente en diferentes revistas.[1] He introducido algunas modificaciones, sobre todo con el fin de presentarlos como tres capítulos de una misma investigación. En realidad, la redacción de estos estudios obedeció a un único motivo, que era el de tomar posición frente a la disputa reanudada entre los partidarios del jusnaturalismo en avance y los defensores del positivismo jurídico en retirada, solo después de haber aclarado los términos sumamente complejos de la cuestión, mediante un análisis de los diversos significados de "formalismo jurídico" (cap. I), de las diversas formas bajo las que ha sido presentado el positivismo jurídico (cap. II), de las diferentes maneras cómo pueden interpretarse -según que se considere una u otra forma del positivismo jurídico- las relaciones entre positivismo jurídico y jusnaturalismo (cap. III). He creído oportuno agregar, como apéndice, un cuarto estudio que retoma y desarrolla el tema del segundo capítulo bajo la forma de análisis crítico de un libro reciente.[2]

[1] "Sul formalismo giuridico", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, N. S., I, 1958, pp. 977-998; "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, pp. 14-34; "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", en *Rivista di diritto civile*, VIII, 1962.

[2] "Ancora sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LIII, 1962.

En algunos casos, la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico se presenta como natural sustitución histórica de escuelas, o como antítesis entre dos concepciones opuestas e irreconciliables del derecho, en otros, o como un desgarramiento dentro de cada uno de nosotros entre nuestra educación científica y nuestras exigencias morales. Todos los estudiosos de mi generación, en un país como Italia, han experimentado a fondo el contraste en todos estos aspectos.

Los que nos iniciamos en el estudio de la jurisprudencia en la década de 1930, sabemos que la teoría del positivismo jurídico (sobre todo en la forma presentada por *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen) dominaba entonces en Italia. Estábamos obligados a admitir que, fuera de algunos cánones transmitidos por las escuelas positivistas, no había posibilidades para el jurista que quisiera ejercitar seriamente su tarea. El derecho natural era considerado como el residuo de actitudes no científicas y debía ser eliminado en cualquier parte que apareciera. Por el contrario, al final de la guerra las posiciones se invirtieron, pues hemos visto a muchos juristas, una vez realizado su examen de conciencia, pronunciar una completa y presurosa palinodia, arrojarse en los brazos del rechazado derecho natural y dejar caer sin remordimiento al positivismo entre las antiguallas donde, hasta pocos años antes, yacía el derecho natural en completo abandono. Nos encontramos así divididos entre la fidelidad a nuestro origen y la inevitable seducción de aquello que se presenta configurando lo inesperado y lo nuevo.

Lo que agrava más este aspecto es que los años de nuestra formación fueron también, en Italia, los años durante los cuales un viejo régimen liberal fue sustituido poco a poco por un régimen de dictadura, con una obra de lenta erosión de las estructuras más que de violenta

transformación revolucionaria de las instituciones. En aquella situación, la concepción positivista de respecto a ultranza de la legalidad había asumido un valor progresista y liberal, de resistencia a la intromisión del poder ejecutivo y del partido dominante, de defensa de la libertad individual contra el arbitrio de los poderes públicos. Pero, cuando se impuso la dictadura y la máquina del Estado totalitario comenzó a funcionar regularmente, dando curso a la "nueva legalidad", la concepción positivista de respeto a la ley sirvió óptimamente para el uso contrario, es decir, para inculcar la obediencia a la autoridad, para extinguir toda veleidad de resistencia, para justificar todo delito realizado en nombre de una orden recibida de un poder que era, por lo menos, formalmente legítimo. Nos encontramos así, aunque a pesar nuestro, en la mejor situación para darnos cuenta de la extrema inestabilidad de las ideologías jurídicas, cuyo valor progresista o reaccionario depende de las circunstancias históricas en que son sostenidas y de los partidos que las reclaman. Kelsen ha observado repetidamente que al lado del jusnaturalismo progresista –que es el único que se suele recordar– existe también un jusnaturalismo conservador. Con la misma razón se puede decir que al lado del positivismo reaccionario, contra el cual se ha librado desde hace años la lucha, ha existido también un positivismo liberal.

Más que un contraste entre generaciones y entre concepciones del derecho, la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo, como decía, dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre. Hay al menos un significado de "positivismo jurídico" que considera que solo aceptando el método de investigación utilizado y recomendado por el positivismo, se logra aproximarse a aquel

ideal de rigor sin el cual no hay ciencia en el sentido tradicional de la palabra, sino tan solo opinión. Y sin embargo, hay por lo menos un sentido de jusnaturalismo según el cual solo la apelación a valores últimos que trascienden todas las leyes positivas, impuestas o justificadas por quienquiera que sea, salva, en última y desesperada instancia, la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral. En tanto científicos, nos sentimos continuamente tentados de defender algunas exigencias del positivismo, con el mismo empeño y con la misma coherencia (no obstante la apariencia contraria) con los que defendemos las razones últimas del jusnaturalismo en tanto hombres libres. Hay un límite entre positivismo y jusnaturalismo que separa en dos nuestra propia persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o jusnaturalista, no según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según la parte que representamos.

Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la oposición entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, no he creído nunca poder alistarme decididamente en uno u otro bando. Si he mostrado simpatías jusnaturalistas en la época del positivismo triunfante, también he mostrado simpatías positivistas (tanto en la defensa de Kelsen como en la búsqueda de argumentos contrarios al derecho natural), en estos últimos años de renovado jusnaturalismo.

Más que alistarme en uno de los dos bandos, he preferido, en estas páginas, tratar de aclarar la complejidad de los términos de la oposición, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa y, en definitiva, demostrar las razones por las cuales el alistamiento en uno u otro bando es a menudo el

fruto de una elección irracional y no de una reflexión meditada.

Agradezco mucho al profesor Garzón Valdés el haberme ofrecido la oportunidad de hacer conocer mis investigaciones a los lectores de lengua española en una colección en la que figurarán algunos de los más ilustres nombres de la filosofía del derecho contemporánea.

Turín, septiembre de 1965

I

FORMALISMO JURÍDICO*

1. LA REBELIÓN CONTRA EL FORMALISMO

Si tuviese que escribir un estudio acerca de las orientaciones de la teoría del derecho en Italia después de la guerra, quizás no podría resistir a la tentación de hacer mío el título del afortunado libro de Morton White sobre la cultura norteamericana de la época de F. D. Roosevelt: *la rebelión contra el formalismo*. Los testimonios son tantos y tan importantes que la única dificultad es la de la selección. Basten estos dos que elijo entre los más representativos. Arturo Carlo Jemolo, en su trabajo titulado "Confesiones de un jurista", escribía en 1947: "Juristas y no juristas, sobre todo en las partes de Italia que han sufrido la ocupación alemana, nos hemos dado cuenta de que la vida moral no puede reducirse a fórmulas, por más que sean las más seguras y omnicomprensivas".[1] Y Piero Calamandrei, al inaugurar en 1950, en Florencia, el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, rechazaba aquella especie de "cortesía científica" que lleva a los cultores del derecho "a creer que nuestras construcciones lógicas, nuestros

* "Sul formalismo giuridico", en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, N. S., 1, 1958, pp. 977-998.

[1] *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milán, Giuffré, 1957, p. 118.

sistemas, son más verdaderos, más reales, podría decirse, que aquella realidad práctica que se vive en los tribunales".[2]

La historia no es nueva: formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas y siempre recurrentes entre las que oscila el péndulo de la jurisprudencia, como clasicismo y romanticismo en estética, conservadorismo y radicalismo en política. Cuando mi generación inició sus estudios, el tecnicismo jurídico -así se llamaba a la nueva encarnación del formalismo- celebraba su triunfo sobre las tendencias sociológicas, sobre la escuela de derecho libre, sobre la libre investigación científica. Era una verdadera y auténtica rebelión contra el antiformalismo. La rebelión contra la rebelión, a la cual asistimos hoy, no es más que un momento normal en el cambio alternado de los estudios jurídicos: aquellos que por razón de su edad cabalgan sobre dos generaciones y que han vivido, por ello, los días fastos y nefastos del tecnicismo, no se maravillan; más bien irguiéndose para contemplar el proceso histórico en su movimiento complejo y variado, han aprendido a cuidarse de los ardores demasiado iconoclastas, de las impaciencias demasiado vehementes, de las esperanzas demasiado confiadas. Su tarea en la actualidad puede consistir en procurar que en la reacción contra el pasado no se pierda aquello que era válido, digno de ser conservado; evitar que por odio a cualquier exceso se quiera recomenzar todo desde el principio, y por amor a lo nuevo por lo nuevo, se presente como descubrimiento lo que es simplemente exhumación. Me doy perfecta cuenta de que la historia procede a saltos; como, asimismo, son demasiado evidentes las razones históricas, sociales, ideales de la transformación, aun en el pensamiento jurídico, como para

[2] *Studi sul processo civile*, Padua, Cedam, 1957, vol. VI, p. 10.

justificar una actitud de incomprensión, de resistencia o, peor aún, de desafío. Pero una de las tareas del hombre de razón y de ciencia es hacer que estos saltos no sean demasiado bruscos.

No es mi intención hacer un balance ya perfectamente realizado por otros.[3] Mi propósito es más modesto. Ya que está en tela de juicio el formalismo jurídico no parece inoportuno e impertinente formular, a modo de introducción, la siguiente pregunta: ¿Qué se entiende por formalismo jurídico? Mi sospecha, que no es de ahora,[4] es que esta expresión significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables, con esta consecuencia: que una polémica general y genérica en contra del formalismo termina por ser una fuente de confusión que produce equívocos, incomprensiones, discusiones inútiles, exclusiones injustificadas, etc. En este capítulo examino cuatro significados de "formalismo jurídico", y no pretendo que sean los únicos.

---

[3] F. Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1951, pp. 281-300, publicado últimamente en *Discorsi intorno al diritto*, Padua, Cedam, 1953, I, pp. 241-261, y E. Allorio, "La vita del diritto in Italia" en *Ius*, N.S., 1950, I, pp. 42-73 publicado últimamente en *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, Milán, Giuffré, 1957, pp. 3-46.

[4] "Formalismo giuridico e formalismo etico" (1954), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1955, pp. 145-162. Con respecto al problema del formalismo jurídico, ver también los dos amplios artículos sobre "Formalismo giuridico", en la *Enciclopedia Italiana*, Appendice III, vol. I, de R. Orestano y en el *Nuovissimo Digesto Italiano* de G. Tarello. En esta última hay una amplísima bibliografía. Tarello distingue varios significados de "formalismo jurídico" según que la expresión indique un determinado tipo de ordenamiento jurídico, una determinada actitud del jurista frente al derecho, una determinada concepción del derecho (el derecho como forma), una determinada concepción de la ciencia jurídica (como ciencia formal), un determinado modo de interpretar el derecho. De estos significados el tercero, el cuarto y el quinto corresponden más o menos al segundo, tercero y cuarto presentados en este capítulo. Sin embargo, existe una cierta correspondencia entre el segundo significado propuesto por Tarello y el primero considerado por mí (aquel que llamo formulismo ético). Falta, por el contrario, en mi exposición una consideración del formalismo como carácter de determinados ordenamientos jurídicos.

2. LA CONCEPCIÓN FORMAL DE LA JUSTICIA

En una primera acepción, se entiende por "formalismo jurídico" cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. Más exactamente, se debería llamar "formalismo ético", porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, de donde bueno es el acto realizado para cumplir con la ley, y malo aquel que se realiza para transgredirla. El término más común para designar esta teoría es "legalismo". Podemos decir que en esta primera acepción el formalismo jurídico coincide con la concepción legalista de la justicia. Es indudable que parte de las acusaciones contra el formalismo jurídico están dirigidas contra la concepción legalista de la justicia, en defensa de una concepción que sepa distinguir el juicio de legalidad del juicio sobre la justicia o injusticia de las acciones y tenga conciencia del hecho de que los dos juicios divergen, y que no siempre la acción legal es justa, ni la justa legal.

Esta concepción de la justicia se llama "formal" porque define la acción justa como cumplimiento del deber, el hombre justo como aquel que cumple el deber propio, prescindiendo completamente de toda consideración en torno a la naturaleza o al fin del deber. Análogamente se habla de "verdad formal" respecto de una proposición cuando nos limitamos a verificar la correspondencia con las reglas del discurso del que forma parte, prescindiendo de cualquier verificación del acontecimiento por ella significado. Aquí el término "forma" está tomado en una de sus acepciones más tradicionales, más clásicas, como modelo "ideal", midiéndose bajo este criterio actos o acontecimientos. Un sistema normativo es aquí considerado como un modelo o,

mejor, como un conjunto de modelos para las acciones humanas. La justicia de las acciones consiste en la adecuación de ellas a los modelos establecidos.

Si bien la polémica antiformalista se ensaña contra esta especie de formalismo, la misma no es muy común entre los juristas. Los juristas sostienen con convicción el principio de legalidad, mas el dogma de la legalidad al que son fieles es diferente de la concepción legalista de la justicia (es decir, del legalismo). La legalidad es un criterio para distinguir los actos jurídicos de los actos no jurídicos; no sirve para formular un juicio acerca de su justicia o injusticia. Se acepta sin resistencias que un defensor de la legalidad afirme que las leyes positivas deben ser obedecidas y aplicadas porque son leyes, no porque sean justas y, por consiguiente, que deben ser obedecidas *aun si son injustas*. El "desconsolado homenaje a las leyes solo porque son tales" del que habló Calamandrei en los años oscuros[5] –y que le fuera luego reprochado varias veces por los neojusnaturalistas– no sería "desconsolado" si la legalidad coincidiese en un todo con la justicia. La concepción legalista de la justicia, formulable en su pureza de la siguiente manera: "la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley" (reducción de la justicia a la validez) es, en realidad, bastante rara; es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco para los amantes de la polémica. Históricamente conozco dos modelos principales, uno inspirado en una concepción convencional de la ética, el otro, en una concepción naturalista. Según el modelo convencional, no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero, establecida una convención,

[5] "La certezza del diritto e la responsabilitá della dottrina", en *Studi sul processo civile*, vol. V, 1942, p. 99.

la justicia consiste en respetarla, la injusticia, en infringirla. Es la posición de Hobbes: "Solo se puede cometer delito con respecto a aquél con quien se ha convenido algún pacto".[6] Según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar. Es la posición de Spinoza: "uniuscuiusque individui naturale ius eo usque se extendit, quo eius potentia".[7]

Pero, si es rara la teoría integral de la justicia formal, hay que tener en cuenta que no es menos rara la doctrina opuesta, atribuida a los jusnaturalistas, si la enunciamos en su forma extrema en esta expresión: "La ley (positiva) es válida solo si es justa" (reducción de la validez a la justicia). En realidad sabemos perfectamente que la teoría jusnaturalista clásica ha ido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, esto es, por la teoría según la cual la ley debe ser obedecida, aun cuando en muchos casos, fuera injusta; pero el afirmar que una ley deba ser obedecida significa afirmar, precisamente, que es válida. De esta manera, la teoría de la obediencia corrige la teoría jusnaturalista pura hasta transformarla en la fórmula siguiente: "La ley es válida aun cuando sea injusta". Pero esta fórmula termina por encontrarse con aquella aceptada por la mayor parte de los juristas positivistas, aunque éstos a menudo lleguen a ella a través de un proceso inverso, es decir, a través de la corrección de la concepción legalista de la justicia; se concluye: el principio que es claro al jurista es que la ley debe ser obedecida. Una vez que se ha puesto en claro que esto afecta a la validez y no a la justicia, está

---

[6] *De Cive*, III, 4.

[7] *Tractatus politicus*, II, 4.

dado el paso para llegar a la expresión de que: "la ley aunque sea injusta puede ser válida", la cual es una formulación diversa, con igual significado que la precedente. Ambas están fundadas sobre el principio no ya de la reducción de la validez a la justicia o viceversa, sino de la distinción entre validez y justicia, de acuerdo con la siguiente fórmula: "Una norma puede ser justa sin ser válida y válida sin ser justa".

Algo que no es tan raro es la teoría legalista de la justicia referida no ya al derecho positivo, sino al derecho natural; se advierte allí que también en la historia del derecho natural la definición más frecuente de la justicia es precisamente la formal. Frente a quien no se contenta con la respuesta del positivista legalista, "Esta acción es justa porque corresponde a la ley positiva" y pregunta: "Pero, ¿la ley positiva es justa?", el jusnaturalista tiene la vía abierta para dos respuestas: "La ley positiva es justa porque ordena cosas justas" o bien "la ley positiva es justa porque es conforme a las leyes naturales". Esta segunda respuesta es la expresión del legalismo jusnaturalista. Cualquiera que afirme que la justicia consiste en la correspondencia con las leyes divinas o naturales, da una definición legalista de la justicia que no es distinta de la de aquel que afirma que la justicia es la correspondencia con las leyes positivas. Obsérvase aquí que en este significado más amplio, la concepción legalista de la justicia es frecuentísima. Cuando Carnelutti, por ejemplo, dice que "la justicia es la conformidad con el orden del universo",[8] da una definición puramente formal de la justicia. Esto permite comprender que la concepción formal de la justicia no ha de ser repudiada y mucho menos ridiculizada, sino más bien, tenida en cuenta en todas las discusiones acerca de lo justo y de lo injusto,

[8] *Teoria generale del diritto*, § 7.

porque todo ordenamiento jurídico, sea positivo o natural, divino o humano parece no poder prescindir de aquélla.

En realidad, esto satisface dos de los valores fundamentales que contribuyen a formar, separada o conjuntamente, la noción más común de justicia: el *orden* y la *igualdad*. Es obvio que la noción de la justicia como conformidad con una regla satisface el valor orden y creo que nadie pretenderá discutirlo. El orden no exige que las reglas sean de esta o de aquella naturaleza, sino que sean aplicadas (de cualquier forma como se obtenga la aplicación, aunque sea por la fuerza). Una de las formulaciones más comunes y menos discutidas o discutibles de la justicia como orden es: *pacta sunt servanda;* se trata de una regla que establece no ya aquello que se debe hacer –y en este sentido no considera el contenido de las acciones–, sino que afirma que se debe hacer todo aquello que ha sido convenido, cualquiera que sea el objeto de la convención. El que las leyes deban ser obedecidas –norma que expresa o tácitamente está en el fundamento de todo ordenamiento estatal– es lo análogo de la regla *pacta sunt servanda* en los ordenamientos de tipo jerárquico. Pero la noción de la justicia formal satisface también el valor de la igualdad del hecho de que los sujetos a los que se dirigen las reglas se conformen a ellas, se deduce la consecuencia muy importante de que todos estos sujetos son tratados de igual manera. Que esta igualdad sea relativa y dependa del criterio que ha inspirado la regla, de la cantidad de ventajas o de desventajas por distribuir y de la cantidad de personas a las que la regla se refiere, es decir que no sea una igualdad absoluta, no impide que la obediencia a la regla en cuanto tal, por el solo hecho de ser una regla y no ya por su contenido, tenga como consecuencia la igualdad de tratamiento. Como ha explicado Perelman, "la igualdad de tratamiento no es más

que una consecuencia lógica del hecho de que se obedece la regla".[9] Aquel que viola la regla (o el pacto) pretende para sí un tratamiento diverso del que la regla ha establecido para los otros, infringe el principio de la igualdad por el solo hecho de que no respeta la regla (o el pacto). La violación de la regla es la violación del principio de igualdad, por cuanto la igualdad de tratamiento no es consecuencia del hecho de que la regla establezca esto o aquello, sino de que la regla exista y sea obedecida.

3. EL DERECHO COMO FORMA Y LA TEORÍA FORMAL DEL DERECHO

Con la expresión "formalismo jurídico" se indica, en segundo lugar, una teoría particular del derecho, no ya una teoría de la justicia, es decir, del criterio según el cual las acciones o las leyes son juzgadas como justas o injustas, sino una teoría de lo "jurídico", o sea, de aquella esfera de la actividad práctica del hombre que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc. Mientras que una teoría de la justicia aspira en última instancia a una definición de aquello que el derecho debería ser, una teoría del derecho aspira en última instancia a una definición del derecho tal como es, a fin de distinguir el derecho de la moral y de la costumbre, o bien de la moral y de la economía, etc. Se llaman "formalistas" aquellas teorías que presentan el derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable). Mientras que todas las teorías, por el mismo hecho de tratar de dar una noción lo

[9] Ch. Perelman, *De la justice*, Bruselas, 1945, p. 55 (*Cf.* trad. it., Turín, Giappichelli, 1959, p. 71).

más amplia posible del derecho, tienden a poner de relieve los aspectos constantes del mismo y, desde este punto de vista, todas ellas son formales, hay, sin embargo, algunas en particular que definen el derecho como forma o hacen de éste mismo, un aspecto o un momento formal de una realidad más amplia (sea ésta la realidad social o, en términos más generales, la esfera de la práctica) que lo comprende. Aquí, claro está, no nos referimos a las teorías formales del derecho, sino a las teorías del *derecho como forma*,[10] porque todas las teorías que obtienen un cierto grado de sistematicidad son formales.

La doctrina del derecho de Kant es un ejemplar interesante de las teorías del derecho como forma. No me parece, sin embargo, que haya obtenido mucha aceptación entre los juristas. Kant fija tres notas del concepto del derecho extraídas del tipo de relación intersubjetiva que éste abarca o instituye. La relación jurídica está caracterizada, según Kant, por el hecho de ser: a) externa; b) recíproca; c) *formal*. Formula esta tercera característica de la siguiente manera:

> En esta relación recíproca de un arbitrio con otro no interesa la *materia* del arbitrio, es decir, el fin que uno se propone con el objeto que quiere; no se preguntará por ejemplo si alguien con la mercancía que me compra para su propio comercio podrá o no encontrar también su propia ventaja. Solo debe considerarse la *forma* en la relación de los dos arbitrios, en cuanto éstos son considerados absolutamente como *libres* y examinar únicamente si la acción de uno de los dos puede concordar con la libertad del *otro*, según una ley universal.[11]

---

[10] Sobre este aspecto del problema del formalismo *cf.* G. Lazzaro, "Il diritto come forma", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIX, 1962, pp. 636-655. El autor ilustra principalmente la diferencia entre forma formante y forma formada.

[11] *Metaphysik der Sitten, Einleitung in diez Rechtslehre*.

Esta frase de Kant puede ser interpretada de diferentes maneras; pero la más importante, me parece, es ésta: que la tarea del derecho no consiste en establecer *qué es lo que* los individuos deben hacer en sus relaciones recíprocas, sino *cómo* deben hacerlo, a fin de no entrar en conflicto recíproco. El derecho no dice, siguiendo el ejemplo, qué cosa debo comprar, esto es, si debo comprar un caballo o un automóvil, pero dice cómo debo comprarlo, es decir, de qué forma debo actuar para que la cosa adquirida se vuelva "mía" (y por "mío" y "tuyo" entiende Kant aquella parte del mundo externo "con respecto a la cual, quien quisiera impedirme su libre uso, me lesionaría").[12]

Esta definición del derecho es evidentemente unilateral; basta mirar un ordenamiento jurídico cualquiera para darse cuenta de que junto con las normas que establecen el modo cómo deben realizarse algunos comportamientos -y son definibles como normas técnicas, según la fórmula: "si quieres A, debes hacer B"- hay normas que consideran directamente el mérito del comportamiento; para dar un ejemplo, que ha sido recientemente objeto de estudio, citemos el caso de todas las normas -en creciente desarrollo en los ordenamientos modernos- que contienen directivas económicas.[13] Pero además, es evidente que la razón de esta definición formal no es teórica sino ideológica, deriva de la concepción del fin del derecho como límite de la libertad individual, concepción que nace de una ideología de tipo individualista y desemboca en la teoría liberal y negativa del Estado. No obstante, la posición de Kant es interesante para los fines de nuestro trabajo, porque llama la atención sobre la pluralidad de

[12] *Metaphysik der Sitten*, I, § 5.

[13] E. di Robilant, *Direttiva economica e norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1955.

acepciones de "formalismo jurídico" y sobre la irreductibilidad de ellas.

Kant es formalista en la definición del derecho, pero no lo es en la definición de la justicia, de acuerdo con el sentido expuesto en el párrafo precedente.

La teoría del derecho como forma, predominante hoy entre los juristas, es diferente de la que resulta de la definición de Kant, aun cuando en otros pasajes de su misma obra (y no solo en la de él, desde luego) se pueda encontrar una anticipación de aquélla, por ejemplo, allí donde Kant, partiendo de la consideración de la *coacción* como elemento constitutivo del derecho, explica que el paso del estado de naturaleza al estado civil, o de la sociedad natural en donde rige el derecho natural o privado, a la sociedad política, en donde rige el derecho positivo o público, se produce mediante la institución del poder coactivo que tiene por objeto volver perentorias las relaciones intersubjetivas, que en el estado de naturaleza son solo provisorias. Se podría sintetizar el pensamiento de Kant sobre este punto, diciendo que el derecho positivo es igual a las relaciones naturales intersubjetivas *mas* la coacción. Léase este pasaje:

> Éste (el derecho público) no contiene nada más o no contiene otros deberes de los hombres entre sí que aquellos que pueden ser pensados en el primero (en el derecho privado). La materia del derecho privado es igual en ambos casos. Las leyes del derecho público consideran, pues, solo la *forma jurídica* de la unión de los hombres entre sí (su constitución).[14]

No es que no vea la analogía entre este modo de entender el derecho y la doctrina jurídica contemporánea a la que más conviene el título de teoría del derecho como forma; me refiero a la teoría pura del derecho de Kelsen

[14] *Metaphysik der Sitten*, I, § 41.

(quien, por otra parte, se confiesa repetidas veces, como es sabido, kantiano). También Kelsen parte de la coacción como elemento constitutivo del derecho y de la definición del ordenamiento jurídico como ordenamiento coercitivo. Lo que caracteriza al derecho no es esta o aquella materia de la reglamentación (todos los comportamientos humanos, salvo los necesarios o imposibles, pueden ser regulados jurídicamente), sino la *forma* de la reglamentación, especialmente en Kelsen, la reglamentación mediante el ejercicio del poder coactivo. Aquí se puede hablar de una definición formal del derecho, en la medida en que se contrapone a todas las definiciones del derecho que contienen una referencia al contenido, como por ejemplo, "normas jurídicas son aquellas que regulan las relaciones intersubjetivas entre los hombres"; o una referencia a los valores, como: "normas jurídicas son aquellas que se inspiran en el valor justicia", etc.

Además de aquellas teorías que tratan de encontrar el elemento característico del derecho en su presentación como forma de fenómenos económicos y sociales en general, se puede hablar con toda propiedad de formalismo jurídico, con mayor razón aún, debido a su amplia difusión, para aludir a la doctrina corriente entre los intérpretes del derecho positivo estatal o internacional, conocida con el nombre de "normativismo". En su definición más corriente, el normativismo es aquella doctrina según la cual un hecho (en el sentido más amplio) es jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias. Es característico de la teoría normativa remitir el criterio distintivo del derecho del hecho a la norma; con otras palabras, de su contenido –según el cual, un hecho puede ser económico, social o moral– a su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido. Aquí, "for-

ma" es entendida en el sentido más común de "recipiente", es decir, de un continente que no cambia con el cambio del contenido; actos humanos y hechos naturales, relaciones e instituciones se vuelven jurídicos desde el momento en que entran dentro del esquema normativo proporcionado por un determinado ordenamiento. La teoría del derecho como forma, en el sentido especificado en primer lugar y el normativismo, no coinciden necesariamente, aun cuando sean a menudo confundidos y se encuentren la una al lado del otro en los mismos tratados. La primera es una teoría general del derecho que responde a la pregunta: "¿cuál es la naturaleza del derecho?" El segundo es un modo de considerar los fenómenos jurídicos, un punto de vista sobre la actividad jurídica, en general y sobre todo el mundo de la experiencia jurídica, considerada como una experiencia *sub specie legis*, que responde a la pregunta: "¿cómo se distinguen los hechos jurídicamente relevantes de los irrelevantes?" La diferencia resulta también de la diferenciación de las doctrinas a las cuales ambos se oponen. La definición del derecho como complejo de normas cuya eficacia es reforzada mediante el poder coactivo, se contrapone a cualquier teoría que trate de definir el derecho mediante la referencia a la noción del bien común; la teoría normativa del derecho se contrapone a las teorías sociológicas y realistas. Lo que aquí es necesario decir es que, mientras que a la primera especie de formalismo se oponen algunos juristas, la segunda es uno de los presupuestos de su trabajo de intérpretes, una de las herramientas de trabajo a la que parece no podemos renunciar. Esto prueba, si aun fuese menester, la necesidad de distinguir entre las diversas especies de formalismo y de rechazar toda polémica que no tenga en cuenta las distinciones.

4. LA CIENCIA DEL DERECHO COMO CIENCIA FORMAL

El normativismo posibilita considerar un tercer significado o, mejor dicho, un grupo de significados vinculados con la expresión "formalismo jurídico". "Normativismo" designa no solo un cierto modo de concebir la experiencia jurídica, como experiencia *sub specie legis,* sino también un cierto modo de hacer ciencia del derecho. Por otra parte, los dos significados están estrechamente vinculados. En general, se puede decir que cuando se habla de "formalismo jurídico" puede uno referirse a la concepción formal de la justicia, a la concepción del derecho como forma y, además, a la concepción de la ciencia jurídica como *ciencia formal.* Junto al formalismo ético y al formalismo jurídico (en sentido estricto), hace su aparición entre los juristas, también, el formalismo científico.

No se habla de ciencia jurídica como ciencia formal en el sentido más estricto y riguroso de la palabra, según el cual se distinguen las ciencias formales (como la lógica) de las ciencias empíricas (como la biología); se habla en un sentido más amplio (como forma del saber que no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la *construcción,* y en última instancia, el sistema. La noción de "construcción" fue elaborada por primera vez, como es sabido, por Ihering. "Construcción" es el término más comúnmente usado por los juristas para indicar la operación característica de la ciencia del derecho (diferente, precisamente, de la mera interpretación de las leyes), que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos. A través de aquel complejo de ope-

raciones que se designan con el nombre de "construcción", el jurista subsume un hecho dado o un acto o una relación o una institución en esta o en aquella categoría jurídica, con el fin de atribuirle tal o cual calificación normativa y ordenarlo dentro del sistema. De la construcción depende la atribución de determinadas consecuencias jurídicas a un hecho, a un acto, a una relación o a una institución; a la construcción se le confía la formación del sistema jurídico. En esta acepción el término "construcción" está estrechamente vinculado con la noción de "dogmática"; la dogmática es, en sentido dinámico, el efecto de la construcción de los juristas, en sentido estático, un conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción. No es poco frecuente que un jurista exprese la exigencia de "construir desde el punto de vista dogmático" una institución,[15] operación comúnmente llamada "construcción dogmática", aun cuando el adjetivo parece pleonástico por la carga significativa del sustantivo. La designación de una investigación así orientada como "formal" o, en sentido peyorativo, "formalista", se explica si se tiene en cuenta que el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa. Desde el punto de vista de la técnica científica del jurista suele ser considerada incorrecta toda definición jurídica que explique cómo nace y para qué sirve una institución, si no determina también cuál es su *status* normativo. Véase por ejemplo, como, inspirándose en esta pureza metodológica, en esta especie de rigorismo anti-teleológico, Allorio ha eliminado recientemente entre los conceptos jurídicamente relevantes al de sanción,

[15] R. Nicoló, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, Giuffré, 1936, p. 14.

porque éste no tendría ninguna autonomía desde el punto de vista estructural, ya que puede ser reducido "a la normal estructura de la norma entendida como juicio sobre comportamientos humanos".[16] Benvenuti, que define la sanción como "garantía de la juridicidad del precepto", responde rechazando la fórmula porque de ella cuando más "habremos aprendido para qué sirve la sanción pero no lo qué es *estructuralmente*".[17] El parentesco entre este formalismo de la ciencia jurídica y el normativismo es evidente; pues, sobre la base de la concepción formal de la ciencia jurídica se encuentra la concepción del derecho, propia de la teoría normativa, según la cual el derecho es un conjunto de calificaciones normativas de comportamiento, con lo que la tarea de una investigación científica del derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstitución de las estructuras mismas.

Esto no impide que se pueda hablar de investigaciones formales en el campo del derecho independientemente de la aceptación del punto de vista normativo. Me parece importante hacer notar este punto porque si no se hacen las debidas distinciones, se termina por incluir en la crítica al normativismo -que se va haciendo cada vez más difundida e insistente en estos últimos años- a algunas investigaciones inocentes que pueden llamarse formales sin estar necesariamente comprometidas con la teoría normativa. Yo mismo he llamado repetidamente "formal" a la teoría general del derecho, en cuanto se ocupa de problemas relativos a las reglas jurídicas, prescindiendo de lo regulado, y la misma comprende el estu-

[16] E. Allorio, "La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiciale", en *Rivista di diritto civile*, I, 1955, p. 262.

[17] E. Allorio, "Osservazioni critiche sulla sanzione", en *Rivista del diritto civile*,II, 1956, p. 5. El subrayado es mío.

dio de problemas vinculados con la estructura normativa del derecho como ordenamiento jurídico; mas no he pensado con esto considerar al normativismo como la única teoría posible del derecho.[18] Cammarata es un autor que ha hecho del término "formalismo" un término central de su construcción teórica;[19] pero él entiende por formalismo, por oposición a dogmática, el estudio de las figuras de calificación jurídica que resultan de la consideración del derecho como criterio exclusivo de la regularidad de los comportamientos, es decir, un estudio que prescinde de toda investigación de carácter psicológico sobre los motivos de la acción. No vamos a juzgar si los términos "teoría formal del derecho" y "formalismo" son convenientes o si es posible encontrar términos más adecuados; lo que aquí interesa es que ni la teoría formal del derecho, ni el formalismo, en el sentido de Cammarata, son propuestos como la única forma posible del conocimiento jurídico. Ponen de relieve, eso es todo, la importancia y la autonomía de los problemas de la estructura y los distinguen de los problemas sociológicos, históricos, psicológicos, etc. Por consiguiente, objetar a las investigaciones estructurales ser formales, es como objetar a un caballo ser equino.

Finalmente, deben distinguirse estas investigaciones estructurales de las investigaciones de *lógica jurídica*, que también son llamadas con pleno derecho, aunque con otra acepción, formales. Si no se quiere crear confusión idiomática, convendrá hablar de lógica jurídica en sentido estricto, es decir, de investigaciones sobre la estructura de las proposiciones normativas y sobre el razonamiento jurídico; en tanto tal, la lógica jurídica –que con el mismo

---

[18] *Studi sulla teoria generale del diritto*, pp. 4, 34.

[19] Véase como conclusión de una serie de estudios sobre los problemas más discutidos de la teoría general del derecho, el trabajo "Limiti fra formalismo e dommatica", 1936, publicado en la recopilación de las principales obras del autor titulada *Formalismo e sapere giuridico, Studi*, Cappelli Editore, 1962.

criterio que la lógica, de la cual es parte, puede ser llamada con acierto, ciencia formal- no cae en ninguno de los significados de formalismo explicados hasta ahora. Se puede hablar en realidad de una lógica jurídica en sentido estricto, es decir, de lógica aplicada al derecho, de dos modos diferentes: como lógica de las proposiciones normativas y como investigación del razonamiento de los juristas.[20] Son dos campos de investigación; el primero es en gran parte nuevo y se encuentra en etapa de roturación, el segundo se halla en etapa de revisión y de renovación a través del interés por la retórica, diferente de la lógica. Las distinciones, por ejemplo, entre imperativos positivos y negativos o entre imperativos categóricos e hipotéticos, son distinciones lógicas, cuya elaboración es obra de la lógica jurídica en sentido estricto. Nótese la diferencia entre estos tipos de distinción y las distinciones, por ejemplo, entre normas del derecho sustantivo y normas del derecho procesal, entre normas del derecho estatal y normas del derecho internacional. El ejemplo muestra claramente que la lógica jurídica es una rama del estudio del derecho, sobre cuya utilidad y fecundidad se puede discutir todo lo que se quiera, pero que no hay que confundir con una concepción formalística del derecho cualquiera que ésta sea. Es de lamentar que la frecuente confusión entre formalismo jurídico y lógica jurídica esté conduciendo a muchos estudiosos del derecho a una actitud de desconfianza con respecto a la lógica jurídica, justamente en el momento en que ella suscita el interés de los lógicos y cuando debería auspiciarse la colaboración entre lógicos y juristas.[21] Quede bien claro que el estudio de la lógica jurídica,

---

[20] Para mayor información sobre este punto remito a mi trabajo "Diritto e logica", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIX, 1962, pp. 11-44.

[21] Un primer encuentro entre lógicos y juristas, provocado por aquéllos, se realizó en un coloquio en Lovaina, el 8 y el 9 de septiembre de 1958. Pero la actitud de muchos juristas participantes fue la de aquel que huye de un enemigo que lo persigue. Ver las actas del congreso en *Logique et Analyse*, I, 1958, núms. 3-4.

en el doble sentido de lógica de las proposiciones normativas y de lógica de la jurisprudencia, no implica en absoluto una concepción general del derecho como forma exenta de contenido o como sistema racional hipotético deductivo, y no insinúa tampoco la pretensión, temida por los juristas, de que se quiera llegar a una formalización rigurosa del razonamiento jurídico.

5. LA INTERPRETACIÓN FORMAL DEL DERECHO

Un cuarto significado de "formalismo jurídico" –tal vez el más frecuente en el uso polémico, y por consiguiente el más conocido– se refiere a la teoría de la interpretación jurídica. Las características de una teoría formalista en este campo son rasgos, ora del método adoptado para interpretar y aplicar las leyes, ora de la función atribuida al intérprete, ora conjuntamente de ambos. Con respecto al método, es considerada formalista, por ejemplo, la preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica; a esta distinción se refiere, ampliamente, la conocida controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses. Con respecto a la función, es considerada formalista toda doctrina que atribuye al juez poder meramente declarativo de las leyes vigentes y no el de crear un nuevo derecho. Los ejemplos más significativos son las disputas entre los partidarios del método tradicional y la escuela del derecho libre, al comienzo de este siglo, y la análoga disputa entre los partidarios del método tradicional y la jurisprudencia realista americana, en la época rooseveltiana. No es necesario subrayar el parentesco entre las polémicas acerca del método y aquéllas acerca de la función; quien valora las argumentaciones de carácter lógico sistemático muestra, con ello, que prefiere un juez que se

limite a declarar el derecho existente; quien da preferencia a la investigación de los fines sociales y de los intereses, prefiere un juez creador.

En verdad, ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el derecho son exclusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas; con otras palabras, que la actividad del juez es meramente mecánica o automática. Los juristas y los filósofos del derecho prestan cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente de los juicios de valor. Valga para todos la palinodia de Calamandrei sobre la famosa teoría de la sentencia como silogismo.[22] Esto no impide que exista diferencia entre una interpretación fundada sobre el examen de los llamados conceptos jurídicos y una interpretación fundada sobre la valoración de los intereses, y que la elección de la una o de la otra –como lo ha mostrado recientemente Bagolini–,[23] no influya en la diversidad de las decisiones. Solo que no se trata de la diferencia entre una decisión entendida como la consecuencia de una operación lógica y una decisión entendida como consecuencia de una valoración, sino más bien, entre la decisión que tiene preferentemente en cuenta las cuestiones lógico-lingüísticas, a las que podríamos llamar "formales", y la decisión más atenta a las cuestiones de hecho (intereses en juego o los fines sociales que se persiguen), o sea sustanciales. Como la elección de una u otra actitud puede influir el mérito de la decisión, es probable que la elección misma del método esté condicionada por la apreciación favorable o desfavorable de las consecuencias de la decisión. El juez adoptará este o

[22] *Processo e democrazia*, Padua, Cedam, 1954, p. 30.

[23] L. Bagolini, "Le choix de la méthode en jurisprudence", en *Logique et Analyse*, I, 1958, p. 2.

aquel método según pretenda obtener este o aquel resultado. Esto hace decir a menudo a los jueces que de hecho la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican. Sobre la diferencia entre jurisprudencia formalista y jurisprudencia de intereses puede decirse, en resumidas cuentas, que ambas son legítimas según el fin que se quiera obtener; en general, la primera es ideológicamente más conservadora, la segunda más progresista. El ostracismo impuesto por la jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia conceptual esconde, en forma de argumentos de método, valoraciones diferentes de la tarea de la jurisprudencia frente al desarrollo de la sociedad.

Pero con esto la controversia antiformalista pierde mucho de su interés; prescindiendo del fin que se quiera alcanzar es imposible decir cuál es el método mejor y si un método es bueno o malo. Cuando se ha reconocido el valor decisivo del fin, la disputa ya no es más metodológica sino ideológica. Se trata de saber cuál de las dos ideologías es preferible. Pero, ¿por quién?, ¿en qué circunstancias? Decir, como nosotros mismos lo hemos dicho, que la interpretación conceptual es más conservadora y la que se orienta hacia los estudios sociales y los intereses es más progresista, no equivale a formular un juicio de valor. "Conservador" y "progresista" son utilizados en este contexto en su uso descriptivo, el uno indica la función de mantener un *status quo*, el otro, de transformarlo. El que esta operación sea de aprobación o de desaprobación depende únicamente de la valoración que demos al *status quo:* si lo juzgamos digno de ser conservado, la operación de mantenerlo es buena, si consideramos que debe reformárselo, es buena esta última operación. No nos sorprenda que quien había defendido la interpretación más formalista durante el fascismo se haya transformado a la caída del régimen y durante el período de renovación de las instituciones democráticas, en parti-

dario de una interpretación evolutiva y hasta equitativa. Allí el formalismo era una defensa contra lo nuevo que no se quería aceptar, aquí la equidad es un ataque contra lo viejo que se quiere hacer desaparecer. Nos emociona el juez Holmes, que interroga, como se dice, las necesidades sociales y destroza el rigorismo de sus colegas en cuestiones famosas como la de la libertad contractual. Creemos de esta manera expresar un juicio de elección entre dos métodos de interpretación y declarar nuestra preferencia por el método evolutivo; en realidad expresamos un juicio de elección entre dos ideologías, el liberalismo clásico o puro y el liberalismo social y juzgamos la bondad de los métodos por los resultados que se obtienen. Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis; la conciencia social, el espíritu del pueblo que se invocaba, era en realidad la conciencia racial, el espíritu de un partido de fanáticos. Creíamos exaltar la legalidad frente al derecho libre: en realidad condenábamos un régimen y su ideología. Y no pensábamos en ser confundidos con los adversarios de Holmes solo porque aquéllos también eran formalistas y refutaban la apelación a la conciencia social. En general, formalista quiere decir simplemente que se está en contra de los cambios; si el cambio es en el sentido del progreso, el formalista es conservador. Si es en el sentido de la reacción o de la restauración, el formalista es progresista. Así, pues, la apelación a la conciencia social significa solo que no se está satisfecho con el derecho vigente y se quiere transformarlo; pero frente a una legislación inspirada en los principios del liberalismo económico, los intervencionistas invocarán la voz insuprimible de la conciencia social, de la misma manera que frente a una legislación inspirada en la intervención del Estado, los liberales invocarán la voz, también insuprimible, del derecho natural. Una vez más, formalismo y

antiformalismo –si queremos utilizar estas expresiones– no tienen un valor o un disvalor en sí mismos, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que nosotros aceptamos (o rechazamos).

6. CONCLUSIONES

He examinado las diversas acepciones que la expresión "formalismo jurídico" asume con referencia a cuatro problemas: el de la justicia, el del derecho, el de la ciencia del derecho y el de la interpretación jurídica; y he verificado cómo de la acentuación del elemento formal con respecto al elemento material, en los diversos campos, nacen cuatro teorías diferentes: la concepción legalista de la justicia (o legalismo), la teoría normativa del derecho (o normativismo), la concepción de la ciencia jurídica como dogmática y la llamada jurisprudencia de conceptos (o conceptualismo jurídico). Aquí, a modo de conclusión, me interesa observar aún dos cosas: por una parte, que las cuatro teorías no se implican recíprocamente de una manera necesaria y por lo tanto, no pueden ser confundidas, o peor aún, identificadas; por otra parte, las cuatro expresan una exigencia común que no puede ser fácilmente eliminada de la experiencia jurídica y por consiguiente, proponen un problema o una serie de problemas que no pueden ser descuidados ni mucho menos suprimidos.

Para ilustrar el primer punto me valgo de dos argumentos. El primero me lo brinda la verificación de que a menudo un autor sigue una de las cuatro teorías y no las otras, y que difícilmente las cuatro son sostenidas al mismo tiempo. Quizás solo existe un nexo estrecho entre la segunda y la tercera, pero no entre la primera y la segun-

da, ni entre la segunda (y la tercera) y la cuarta. Nuestros juristas son generalmente fieles a una teoría formal del derecho que da una definición del mismo en términos de imperatividad, estatismo, coactividad, independiente de toda consideración de la materia de la reglamentación, pero no por esto aceptan la teoría formal de la justicia.[24] Y viceversa, en Perelman encuentro una definición formal de la justicia pero, al mismo tiempo, un rechazo de las concepciones formalistas de la ciencia jurídica y de la interpretación judicial.[25] En Kelsen, la teoría del derecho como forma no mantiene el mismo paso que la concepción legalista de la justicia y soporta a su lado, sin contradicción, una crítica de la jurisprudencia conceptual en favor de las tesis que en este campo han sido sostenidas usualmente por la jurisprudencia sociológica. Y volviendo a los orígenes, en el Ihering de la segunda época, a quien se remonta la paternidad de la jurisprudencia de intereses, está declarada explícitamente una concepción formal del derecho.[26] El segundo argumento puede ser extraído de la diversidad ideológica y teórica de las doctrinas que se contraponen una y otra vez a los cuatro formalismos. La polémica en contra de la concepción formal de la justicia es emprendida en particular por los partidarios del derecho natural; es un episodio, tal vez el más importante, de la reciente renovación del derecho natural, entendido como una ética material de los valores; la teoría del derecho como forma es atacada conjuntamente por corrientes sociológicas e historicistas (el marxismo también) que

[24] Claramente en este sentido, B. Petrocelli, "Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale", en *Scritti in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, p. 348 y ss.

[25] Ch. Perelman, *Traitè de l'argumentation*, París, PUF, 1958, I, p. 176 y *passim*.

[26] Como es sabido Ihering en *Der Zweck im Recht*, define al derecho como "el complejo de las normas coactivas válidas en un Estado" (cito la segunda edición de 1884, I, p. 320), y elabora su definición, de manera no diferente a la de Kelsen, analizando exclusivamente los conceptos de norma y de coacción.

no están en realidad aliadas con el resurgimiento del jusnaturalismo; a la consideración de la ciencia del derecho como dogmática se contrapone la consideración de la ciencia del derecho como ciencia empírica, según un modelo naturalista (la importancia, por ejemplo, dada a la naturaleza de las cosas como fuente del derecho) que se une en ciertos aspectos al jusnaturalismo y, en otros, al renovado empirismo; la teoría de la interpretación conceptual se encuentra con que tiene que rendir cuentas a la creciente conciencia de los presupuestos ideológicos de la decisión y a todas aquellas teorías que separan más o menos decididamente la esfera de los hechos de la de los valores, y asignan el mundo del derecho y la obra del intérprete en especial, no a la primera sino a la segunda esfera, en contraposición con toda tentativa de reducir la jurisprudencia a ciencia fáctica o empírica.

La palabra "forma" es uno de los términos claves de nuestro lenguaje filosófico. Como todas las nociones claves ha sido adoptada con tan innumerables significados o familias de significados, que aquí no cabría, suponiendo que esto fuera posible, intentar un análisis; sería como querer rehacer la historia de la filosofía. Por cierto, al menos en un vasto y relevante grupo de significados indica, en un fragmento cualquiera de la realidad, el elemento constante con respecto a lo variable; es decir, aquello que no participa del cambio, sino que, acogiéndolo, lo fija. Pero en este continuo retorno del concepto de forma en los diversos planos en los que se articula la experiencia jurídica, está, aunque no siempre consciente, la exigencia de afirmar *la función estabilizadora* del derecho. Dentro de la mutación histórica, el derecho representa aquello que detiene el movimiento, que lo canaliza y solidifica; en la variación de las acciones humanas representa la determinación de un orden. La tendencia de los juristas al formalismo

surge, pues, de la naturaleza misma y de las funciones del derecho en la sociedad.[27] Considerar justo a aquello que es conforme a la ley, significa emitir un juicio positivo con prescindencia de cualquier otra consideración moral, sobre un orden estable de la sociedad que reposa en la certeza más que en la equidad; definir el derecho como un instrumento para la realización de los más diversos fines sociales, caracterizado por la técnica de la coacción o de la eficacia reforzada, significa poner el acento sobre el conjunto de medios indispensables para la conservación duradera de un determinado grupo social; atribuir al intérprete del derecho una tarea de reconstrucción conceptual y sistemática, más que de valoración de los intereses y de los fines sociales, significa una vez más rendir homenaje, en el momento de la aplicación, a los ideales del orden, de la certeza, de la estabilidad, de la paz social, más que al de la justicia sustancial. En cuanto a la consideración de la ciencia jurídica como ciencia formal, la tendencia a la formalización es propia de toda investigación que se presente como ciencia rigurosa,[28] independientemente de la naturaleza de su objeto. Junto a los valores sustanciales se encuentran los valores formales, tales como el orden, la permanencia y la coherencia. Estos valores presiden la experiencia jurídica y la caracterizan, y prescindir de ellos significa privarse de los principales puntos de apoyo para la comprensión del fenómeno jurídico. El formalismo sigue al derecho como la sombra sigue al cuerpo; intentar elimi-

---

[27] Leo en G. Battaglini, citado por Petrocelli, aunque en un sentido un poco más restringido: "El formalismo, en los límites que racionalmente le competen, es *propio del derecho*, (aunque fuera del campo del derecho no puede dejar de ejercerse, cuando se trata de dar órdenes, de actuar conforme a ellas, de juzgar con su criterio el contenido de otras)". *Diritto penale*. Parte generale, 3ª ed., 1949, p. 71.

[28] Como ha sido observado por Kelsen en "Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto", en *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, vol. IV, 1931, p. 127.

narlo sería lo mismo que intentar hacerlo con la sombra a costa del propio cuerpo.

De las dos observaciones hechas en este capítulo, la primera, relativa a los diversos significados de "formalismo jurídico" me induce a concluir que una polémica indiscriminada en contra del formalismo es injusta, porque queriendo atacar demasiados adversarios a un mismo tiempo, ataca aquello que no debería; la segunda, relativa a la íntima vinculación entre experiencia jurídica y valores formales me induce a precisar que la polémica, además de ser injusta, es, en sus términos más generales vana, porque cuando se ha terminado de buscar al adversario se observa que no existe o al menos que es como el diablo: menos feo de lo que se lo pinta.

II

Positivismo jurídico*

1. EL FORMALISMO JURÍDICO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

La "rebelión contra el formalismo" de la que se ha hablado en el capítulo anterior, se ha desarrollado en estos últimos años paralelamente con la crítica al positivismo jurídico, tanto que a menudo es difícil distinguir la una de la otra. El formalismo jurídico, en casi todas las acepciones examinadas anteriormente, es a menudo considerado como uno de los motivos de acusación y de condena al positivismo jurídico.

Por ejemplo, considérese el siguiente hecho. La polémica antipositivista ha tomado en estos últimos años en Italia dos direcciones: 1) Una dirección jusnaturalista en la cual se contrapone al derecho positivo un derecho *superior* que proporciona criterios de valoración del derecho positivo,[1] 2) Una dirección realista según la cual el dere-

* "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, pp. 14-34.

[1] Para todo este tema, ver S. Lener, "La certeza del diritto, il diritto naturale e il magistero della chiesa", en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padua, Cedam, 1950, I, pp. 345-388; D. Barbero, "Rivalutazione del diritto naturale", en *Jus*, N. S., 1952, pp. 491-508.

cho positivo –considerado en su acepción más restringida como derecho puesto por fuentes formales– es colocado al lado de un derecho *diverso*, esto es aquel que emana directamente del comportamiento de los sujetos (el llamado "derecho espontáneo").[2] No hay duda de que ambas polémicas contienen notas antiformalistas; por un lado, la teoría del derecho natural es expuesta como una teoría material del derecho por cuanto define el derecho no a través de su creación o aplicación, sino a través de su contenido y de su finalidad,[3] por otra parte, la teoría del derecho espontáneo es expuesta como una crítica de las teorías formales de las fuentes del derecho, según las cuales el derecho sería solo aquello establecido en determinadas circunstancias y, según procedimientos particulares, por los órganos de la producción jurídica disciplinados por las llamadas normas sobre la producción jurídica.

Se puede sostener que las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que de hecho son a menudo usadas como si fueran sinónimas. A lo largo de este segundo capítulo se verá que todas las principales acepciones de formalismo jurídico reaparecen en los principales significados de positivismo jurídico. Anticipando brevemente los resultados de la investigación podemos señalar desde ahora: 1) que existe una estrecha vinculación entre el formalismo ético y el tercer significado que ilustra el positivismo jurídico (el positivismo jurídico como ideología); 2) que el formalismo

[2] Se trata de la tesis defendida por R. Ago, "Diritto positivo e diritto internazionale", en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Milán, Giuffré, 1957, I, pp. 3-65. A esta tesis se vincula G. Barile, "La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice", Milán, Giuffré, 1958, p. 79 y ss.

[3] Para una reseña de las teorías recientes en esta dirección, ver A. Verdross, "Die Erneuerung der materiellen Rechtsphilosophie", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, LXXXVI, 1957, pp. 181-213.

en la definición del derecho (derecho como forma), el formalismo en la concepción de la ciencia jurídica (la ciencia jurídica como ciencia formal) y el formalismo en la interpretación (la interpretación jurídica como operación lógica) pueden ser considerados como caracteres peculiares del positivismo jurídico en su segundo significado, cuando es entendido como una teoría específica del derecho; 3) que en su primer significado el positivismo, cuando es entendido como un modo de acercarse a la comprensión del fenómeno jurídico, esto es, como una forma típica de *approach* al estudio del derecho, entra dentro de una de las acepciones de formalismo jurídico.

La complejidad del problema nace del hecho de que así como existen varios significados de formalismo jurídico, existen también varios significados de positivismo jurídico. Si se quiere evitar la repetición de lamentables confusiones, es necesario introducir algunas distinciones. Siempre que se esgrime alguna crítica en contra de la doctrina del derecho natural, se nos responde que hay varios modos de entender el derecho natural y que nuestra crítica vale para uno de estos modos pero no para el otro (y, se entiende, vale para aquello que nuestro adversario no comparte). Pero, lo mismo podría decir un partidario del positivismo jurídico frente a la crítica de un jusnaturalista: hay varias maneras de entender el positivismo jurídico. Hay, con todo, una diferencia. Mientras que los aspectos de la doctrina del derecho natural han sido examinados y discutidos muchas veces, generalmente no sucede lo mismo con respecto a los diversos aspectos del positivismo jurídico. Existe una historia del jusnaturalismo (se cree a menudo que la historia de la filosofía del derecho coincide con la historia de la doctrina del derecho natural); pero no existe, que yo sepa, una historia amplia, documentada y exhaustiva del positivismo

jurídico.[4] Una buena introducción a la discusión ha sido ofrecida por H. L. A. Hart en el artículo "Positivism and the separation of Law and Morals".[5] Aquí me propongo distinguir e ilustrar claramente los diversos aspectos en que se presenta a menudo aquello que comúnmente se llama "positivismo jurídico", y demostrar cómo la aceptación de uno u otro puede dar lugar a significados diversos e inconfundibles de la misma expresión. Solo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión no vana sobre lo muerto y lo vivo en el positivismo jurídico actual.

2. TRES ASPECTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia.

---

[4] Para un análisis histórico bastante amplio del positivismo jurídico en los diferentes países ver W. Friedmann, *Legal Theory*, Londres, Stevens and Sons, 2ª ed., 1949, p. 125 y ss.

[5] El artículo está publicado en la *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-630. [Trad. esp. Genaro R. Carrió en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962]. Hart distingue cinco significados de positivismo jurídico, según que se afirme: 1) que las leyes son mandatos; 2) que la validez y la justicia de una norma no están necesariamente vinculadas entre sí; 3) que el análisis de los conceptos jurídicos no debe confundirse con la sociología jurídica ni con la crítica de las leyes; 4) que un sistema jurídico, es un sistema lógico cerrado y que pueden tomarse decisiones jurídicas correctas con medios puramente lógicos; 5) que los juicios morales no pueden ser establecidos y defendidos con argumentos o pruebas racionales. Una continuación de la discusión tuvo lugar luego en un seminario de filosofía del derecho celebrado en septiembre de 1960 en Bellagio, por iniciativa de la Rockefeller Foundation, en la que participaron, entre otros, el Prof. Hart, el autor del presente ensayo y los profesores A. Ross, A. Passerin D'Entrèves, R. Treves y algunos jóvenes estudiosos ingleses, americanos e italianos. Una recensión amplia y viva de estas discusiones se

Por "modo de acercarse al estudio del derecho", entiendo algo diferente de "método"; no se trata, en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por "teoría" entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por "ideología" entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa.

Creo útil distinguir estos tres aspectos de aquello que comúnmente se considera como una única doctrina, porque no me parece que exista una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco (y aquí entiendo "relación necesaria" tanto en el sentido lógico como causal). El positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho no produce necesariamente ni implica aquella teoría particular del derecho que suele ser llamada positivismo jurídico; y aquella teoría particular a la que se atribuye a menudo el nombre de positivismo jurídico no

puede leer en el trabajo de dos de los participantes, R. A. Falk y S. I. Shuman, "Un colloquio sul positivismo giuridico", en *Rivista di diritto civile*, VII, 1961, pp. 542-557.

produce necesariamente ni implica la ideología que a menudo se atribuye a los sostenedores del positivismo jurídico. Darse cuenta de esta distinción induce a formular dos criterios metodológicos que creo hay que tener siempre presentes en el examen de las doctrinas del positivismo jurídico. El primer criterio considera el análisis descriptivo de la doctrina y se puede formular de esta manera: individualizar a un jurista como juspositivista con respecto al modo de considerar el derecho no significa que lo sea también con respecto a la teoría y a la ideología; individualizar a un jurista como juspositivista con respecto a la teoría del derecho, no significa que también lo sea con respecto a la ideología. El otro criterio considera el momento crítico o valorativo de la doctrina y puede ser formulado de esta manera: la aprobación o la condena de uno de los aspectos del positivismo jurídico no implica la aprobación o la condena de los otros dos. No tener en cuenta el primer criterio conduce a juicios unilaterales o falsos sobre este o aquel jurista y, en general, al tratamiento demasiado simplista de un fenómeno que es más bien complejo. No tener en cuenta el segundo, trae como consecuencia una polémica a menudo infecunda, y la creencia de estar liberado del adversario cuando, por el contrario, lo que se ha logrado es amputar cuando más un miembro, que no siempre es el más importante.

3. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO MODO DE ACERCARSE AL ESTUDIO DEL DERECHO

En el primer aspecto –esto es, como modo de acercarse al estudio del derecho– el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes,

entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar "científica" (en este caso con referencia a las ciencias descriptivas y explicativas y no a las demostrativas). Es opinión común que el progreso del saber científico en la edad moderna se ha debido a la eliminación de la concepción finalista del universo que inducía a pronunciar juicios de valor sobre hechos naturales. Aunque, como ha sido repetido infinito número de veces, esta eliminación de juicios de valor es más difícil en el dominio de los hechos humanos, es, sin embargo, incontestable que la característica de la orientación científica en el estudio de los hechos morales está representada más que por el uso de ciertas técnicas, por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada, o neutralidad ética, o para decirlo con la célebre fórmula weberiana, *Wertfreiheit*.

En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (*v. gr.*: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que

debido a esta inclusión está luego obligado -si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)- a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar. Piénsese en un lingüista que pretendiera incluir en la definición de fenómeno lingüístico la correspondencia con un lenguaje ideal, y rechazara, por consiguiente, de su campo de observación todos los hechos lingüísticos no aprobados por la lengua ideal: el positivismo jurídico, en este primer aspecto, no es otra cosa que el rechazo de las pretensiones de estos extraños lingüistas aplicadas al estudio de la experiencia jurídica.

Si se acepta en llamar derecho positivo al derecho vigente en una determinada sociedad, esto es, aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces, se puede definir "positivismo jurídico" como teoría del derecho que parta del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo; esto es algo diferente a afirmar que "no existe otro derecho que el derecho positivo". El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del derecho positivo, o sea el hecho de no ser vigente, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.

4. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA

Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado. La mejor ilustración de este procedimiento ha sido dada, a mi juicio, por Ehrlich en su obra *Die juristische Logik* (1918), en la cual, como es sabido, afirma que el método tradicional del jurista, contra el cual libra su famosa batalla en nombre de la libre valoración de los intereses por parte del juez, está caracterizado por estos tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) esta regla preexistente está siempre dada por el Estado; 3) el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad. O sea, que lo que Ehrlich combate es la teoría del positivismo jurídico; pero al combatirla ha analizado tan bien los principios constitutivos de ella, y ha descrito tan claramente su origen y desarrollo histórico, que su libro, más que un *pamphlet* vivaz, puede ser considerado como el más convincente y cautivante tratamiento del positivismo jurídico como teoría.

El nexo entre el primer modo de entender el positivismo jurídico (examinado en el § 3) y este segundo, es decir, entre el positivismo como *approach* y el positivismo como teoría, es fáctico o histórico. Cuando los juristas al fin del siglo XVIII se alejaron poco a poco del derecho natural y fueron atraídos por el estuio del derecho positivo has-

ta disolver la teoría del derecho natural en la filosofía del derecho positivo, el derecho positivo que se les presentaba como objeto de estudio era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas. Históricamente me parece que se puede decir que positivismo jurídico en el primer sentido y positivismo jurídico en el segundo, surgen a un mismo tiempo. Pero este nexo histórico no puede ser modificado, sin una grave tergiversación, en un nexo lógico; el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatal del derecho porque *de hecho* todas las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por órganos del Estado. El positivismo jurídico se ha presentado como estatismo por razones históricas; nada ha impedido que, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se haya podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

A este segundo aspecto del positivismo jurídico, es decir, a la concepción estatal del derecho, están vinculadas algunas conocidas teorías que a menudo son consideradas como características del positivismo jurídico: 1) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho,

la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana).

Una vez más debemos advertir que estas características del derecho no han sido descubiertas como consecuencia de la consideración del derecho como hecho, sino como consecuencia de haber identificado en una determinada época histórica –que coincide con la concentración de la producción jurídica en los órganos estatales– el fenómeno jurídico con el complejo de reglas producidas por el Estado. Ciertamente el *approach* positivista está estrechamente vinculado con cualquier teoría del derecho, por la suficiente razón de que la distinción misma entre el derecho que es y el derecho que debe ser no puede realizarse si no es sobre la base de una teoría más o menos elaborada en torno del derecho; mas, no está necesariamente vinculado con la teoría estatal del derecho, es decir, con aquella teoría a la que el uso lingüístico común atribuye la calificación de doctrina típica del positivismo jurídico. Esto es tan cierto que hoy la mayor parte de los juristas que invocan el *approach* positivista no aceptan la teoría estatal, con la consecuencia de que pue-

den ser llamados positivistas en el primer sentido pero no en el segundo. Para ellos, la teoría del estatismo jurídico no es otra cosa que una teoría errónea; y porque confunde como derecho real aquello que es considerado como tal por sus partidarios, no es tampoco una doctrina positivista en el primer sentido, o sea, en el sentido en el cual los partidarios de la distinción clara entre el derecho que es y aquel que se quisiera que fuese, aceptan ser llamados positivistas. Pero hay que tener en cuenta que el no aceptar que la teoría estatal sea positivista en el primer sentido, en tanto teoría no fáctica, no conduce a tener que refutarla en nombre del positivismo en el segundo sentido; porque en este sentido aquella teoría se llama así, pura y simplemente por razones históricas, que siguen siéndolo aun si la teoría, después de un análisis ulterior, resulta ser falsa.

5. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO IDEOLOGÍA

Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada

sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o *por temor* a la sanción.

Hasta aquí los juristas elaboran una teoría del positivismo jurídico en el sentido expuesto en el párrafo precedente, se limitan a tomar una actitud frente a un complejo de hechos históricos -en el caso concreto, la reducción del derecho a regla puesta e impuesta por el Estado- y a representarlos en una serie más o menos coherente y completa de nociones sistemáticas. La teoría del positivismo jurídico no implica necesariamente una valoración positiva de los datos que han sido objetivamente destacados y representados; más bien tiene función principalmente descriptiva y solo indirectamente prescriptiva. Su fin (y también su límite) es describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra. Para un teórico del positivismo jurídico afirmar, por ejemplo, que la fuente principal del derecho es la ley, no significa enunciar el juicio del valor "Está bien que la ley sea la fuente principal", sino el juicio fáctico "Es fácticamente verdadero que la ley es la fuente principal"; afirmar que el juez tiene un poder declarativo y no creativo no significa sostener que ésta es la solución mejor para la producción del derecho, sino que es la situación real, la que se desprende del sistema efectivamente vigente fundado, por ejemplo, en la separación de los po-

deres, y basado en la regla positiva según la cual toda decisión del juez debe estar fundada en una regla preexistente no producida por él mismo. El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el paso de la verificación de un hecho a la valoración positiva del mismo; el sistema vigente no es ya únicamente descripto e interpretado objetivamente, sino que también es presentado como un sistema bueno o directamente como el sistema mejor. El efecto de este paso es la transformación del positivismo jurídico de teoría del derecho en teoría de justicia, es decir, en una teoría que pretende no ya indicar lo que en el plano de los hechos es el derecho, sino recomendar aquello que en el plano de los valores es lo justo.

Una vez más, el paso de uno a otro aspecto del positivismo jurídico es fáctico o histórico, no necesario o esencial. La teoría positivista es el reflejo, en la conciencia de los juristas, de la formación del Estado moderno; la ideología positivista está vinculada, por el contrario, a la exaltación del Estado -tal como se expresa, por ejemplo, en la filosofía hegeliana- y presupone, por consiguiente, una filosofía de la historia y una serie de postulados éticos más o menos explícitos. Es verdad que el positivismo jurídico y la exaltación del Estado han corrido parejos, sobre todo en la ciencia jurídica alemana, y de aquí ha surgido, tal vez, alguna confusión. Pero también es verdad que estatismo jurídico y estatismo ético no son en realidad *unum et idem* y que se puede ser por honestidad científica juspositivista en el primer sentido sin serlo, por convicciones morales y políticas, en el segundo. Entiendo que bastará el ejemplo de Kelsen, cuya teoría es ciertamente un producto del positivismo jurídico, pero no es en modo alguno la exaltación del Estado y tiende ideológicamente al primado del derecho internacional, y no contiene la afirmación de que la obligación de obedecer a las leyes del Estado sea una obligación moral.

6. UN CRITERIO PARA DISTINGUIR LOS TRES ASPECTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

La distinción entre estos tres planos o formas bajo las que se presenta históricamente el positivismo jurídico, permite eliminar muchos equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política de esta corriente, que nada tiene de homogénea y en definitiva, ajustar sin prevenciones ni falsos objetivos, aquello que ha sido llamado por un autorizado jurista italiano, el "balance" del positivismo jurídico.[6]

Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se apoya sobre un juicio de conveniencia o de oportunidad que puede ser formulado de esta manera: "partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente". Este presupuesto está fundado sobre la verificación histórica de que el derecho que se aplica en los tribunales y que por consiguiente interesa conocer, es un conjunto de reglas cuya validez deriva no de su conformidad con un derecho ideal, sino del hecho de estar puestas por cierta autoridad o del hecho de ser efectivamente seguidas por aquellos que deben aplicarlas. Se entiende que si se atribuye a la ciencia del derecho también la tarea de proporcionar esquemas de decisión al legislador, desaparece la oportunidad de no tener en cuenta el llamado derecho ideal. Es conocida la distinción entre la tarea *de iure condito*, que en el ambiente influido por el positivismo jurídico se considera como propia de la ciencia jurídica, y la tarea *de iure condendo*, que es consi-

[6] F. Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico" (1951), en *Discorsi interno al diritto*, Padua, Cedam, 1953, II, pp. 241-261.

derada como más política que jurídica y se la atribuye a la ciencia de la legislación o a la llamada política legislativa. Por tratarse aquí de la elección de un punto de partida, la que está fundada sobre el juicio de la mayor adecuación de ciertos medios para la obtención del fin, la crítica será fecunda solo si discute la oportunidad de la elección; la validez del modo positivista de acercarse al derecho es independiente de la verdad o falsedad de la teoría del estatismo jurídico y de la bondad o maldad de la ideología del estatismo ético.

En cuanto al positivismo como teoría, el mismo se apoya sobre un juicio de hecho, o mejor aún, sobre una serie de juicios de hecho y puede ser resumido en esta fórmula: "Es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado". Quien quiera objetar esta teoría no deberá dirigir su crítica a la demostración de que no sirve para su fin, sino que deberá probar que es falsa, esto es que los hechos enunciados por ella no son verificados en absoluto o no son verificados de la manera como han sido interpretados. Sin embargo, quede bien claro que este segundo tipo de refutación no contiene o absorbe al primero; se puede probar que la teoría es falsa, parcial o totalmente, sin haber probado por esto la no conveniencia de este modo de aproximación al objeto. Los errores de hecho pueden ser imputables al mal planteo metodológico, pero ambas cosas no se implican recíprocamente.

Finalmente, la ideología del positivismo jurídico es la expresión de un sistema más o menos coherente de valores y puede ser resumida como sigue: "El derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a

sus prescripciones". Quien quiera refutar esta ideología deberá valerse de argumentaciones diferentes de aquellas que se adoptan para probar o negar los hechos; se tratará de contraponer a aquellos postulados éticos, a los que la ideología positivista remite más o menos explícitamente, otros postulados éticos, y la argumentación más fuerte resultará posiblemente de poner ante los ojos del interlocutor las consecuencias funestas o insatisfactorias de la aceptación de ciertos valores como guía de la conducta. Lo que importa ahora poner de manifiesto es que la refutación de la ideología positivista no contiene o absorbe la precedente refutación de la teoría del positivismo jurídico; se puede estar convencido de que hay que desaprobar la ideología positivista y seguir aceptando que, de hecho, la teoría estatista es verdadera.

7. DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO IDEOLOGÍA

Hay que tener presente que, según la polémica contra el positivismo jurídico haya sido dirigida contra el método, la teoría o la ideología, la línea de defensa de los positivistas ha sido consecuentemente diferente. Se trata ahora de examinar más en detalle esta línea de defensa porque puede servir para esclarecer la situación presente del positivismo jurídico, y evitar las frecuentes refutaciones, poco pertinentes y rigurosas, dictadas por aquellos que se han atribuido la misión de defender nuestra civilidad, y así como para ayudar a cada uno a pronunciarse sobre lo que estima aceptable y lo que considera rechazable. Para este examen ulterior invierto el camino: comienzo por la ideología para pasar después a la teoría y finalmente al método. La razón de esta inversión se volverá más clara a medida que se recorra el camino.

La lucha antipositivista en estos últimos años, en que se habla con insistencia de un enésimo renacimiento del irreductible derecho natural, ha sido librada principalmente contra el positivismo jurídico como ideología. La mayor acusación ha sido la de que fue responsable, por lo menos en parte, de algunos fenómenos típicos del totalitarismo. A los acusadores les ha resultado fácil relacionar la fuerte tradición del positivismo jurídico entre los juristas alemanes y el ciego estatismo del régimen nazista. Acusaciones análogas fueron lanzadas, sobre todo por juristas franceses, en contra de la ciencia jurídica alemana al final de la Primera Guerra Mundial.[7]

Veamos dentro de qué límites tienen fundamento estas acusaciones. Ante todo es falso desde el punto de vista histórico que la doctrina de la obligación moral de obedecer las leyes positivas sea una doctrina positivista; la teoría de la obediencia, bastante más que la de la resistencia, ha sido afirmada por las teorías jusnaturalistas tradicionales.[8] En general, diría que la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas no es ni jusnaturalista ni positivista, porque deriva de la verificación, vieja como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción. Si por "obligación moral" se en-

---

[7] Véase J. Bonnecase, *La notion de droit en France au dixneuvième siècle*, Paris, De Boccard, 1919, sobre todo el prefacio que contiene ataques contra la ciencia jurídica alemana que subordina el derecho a la fuerza y contra los juristas franceses sometidos a la ciencia jurídica alemana. Y también F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, en la parte en que critica el positivismo jurídico de los juristas franceses, especialmente el sistema de Carré de Malberg, p. 253 (en la nota).

[8] Para una amplia exposición del problema puede consultarse siempre las páginas de J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Sirey, 1929, sec. IV, p. 633 y ss.

tiende aquélla basada en el *respeto a la ley* y por "obligación jurídica" aquélla fundada en el *temor* de la sanción, es un dato fáctico que todo orden cuenta también con la obligación moral de la obediencia, por lo menos por parte de aquellos a quienes se ha confiado la tarea de castigar a quien haya demostrado no sentir esta obligación ni temer la sanción. La objeción de exigir la obligación moral de la obediencia a las leyes es un reproche que ambos adversarios se lanzan recíprocamente y que por consiguiente vale poco.

En segundo lugar hay que tener en cuenta la aclaración introducida en el § 5), donde se indica que es necesario distinguir la doctrina que funda la obligación moral de obedecer las leyes positivas en la afirmación de que las leyes positivas son justas en tanto tales (es justo aquello que es mandado, es injusto aquello que está prohibido), de la doctrina que funda la misma obligación en la afirmación de que las leyes positivas, justas o injustas, buenas o malas, deben ser obedecidas, porque sirven para realizar valores sin los cuales ninguna sociedad podría sobrevivir, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. La primera tiene que sostener una obligación incondicionada de obedecer las leyes desde el momento en que no reconoce valores diversos y superiores a aquellos recogidos por las leyes, y hace de éstas el criterio último e insuperable del bien y del mal. Pero, ¿existe algún jurista positivista que haya sostenido alguna vez doctrina semejante? Aun en el sistema de Hobbes, según el cual es justo aquello que es ordenado por el soberano, la razón de obediencia desaparece cuando las leyes, en vez de asegurar la realización del fin para el cual han sido puestas, la protección de la vida individual, lo ponen en peligro. Según la segunda doctrina, que es la más atribuida a los positivistas, la obligación moral de

obedecer las leyes está doblemente condicionada: 1) por el reconocimiento de que las leyes dadas sean medios idóneos para la obtención del fin que les es propio; 2) por el reconocimiento de que los valores garantizados por el derecho no entren en conflicto con otros valores, tales como el respeto a la vida, a la libertad, a la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores.

Finalmente, por lo que respecta a la relación entre ideología del positivismo jurídico y dictadura, es extraño cómo se tiende fácilmente a olvidar que los postulados éticos del positivismo jurídico, el principio de legalidad, el orden como fin principal del Estado, la certeza como valor del derecho, fueron elaborados en el siglo XVIII por la doctrina liberal desde Montesquieu a Kant, para poder contener el despotismo, o sea, como frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de la extralimitación del poder ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegios. En Italia, durante los años de la dictadura fascista, la resistencia contra la arbitrariedad fue conducida por los juristas en nombre de los postulados éticos del positivismo jurídico, con la defensa a todo trance de la justicia legal en contra de la pretendida justicia sustancial que, en aquel caso, subvertía el orden liberal y el pincipio de la certeza.[9] Esto demuestra que una contraposición abstracta, separada de un determinado contexto histórico, entre el valor de la justicia legal y el de la justicia sustancial, es absolutamente infecunda. La ideología del positivismo jurídico no es, abstractamente considerada, ni mejor ni peor que otra. No conduce a la dictadura más de lo que conduce al estado de

---

[9] Véase el libro de F. López de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, reimpresión en 1950 por G. Astuiti, con prefacio de G. Capograssi (Roma, Gismond); y la recensión que hizo P. Calamandrei cuando apareció por primera vez en el trabajo "La certezza del diritto e la responsabilità della doctrina", ahora en *Studi del processo civile*, vol. V, p. 99.

libertad. Es significativo que en Italia aquellos mismos juristas que durante el fascismo habían invocado el respeto del principio de legalidad, en la época de reconstrucción democrática se hayan vuelto defensores del principio opuesto. Las leyes positivas son medios para realizar ciertos fines; la obediencia escrupulosa a las leyes es recomendable cuando los fines son buenos, mas, es desaconsejable cuando son malos. Al positivismo jurídico, nacido en una época de gran fe en la bondad de las leyes, en la ciencia de la legislación, en las codificaciones, en el estado de derecho, no se le pueden reprochar las consecuencias que han sido extraídas de aquellos principios en un régimen de leyes malas. Si no se puede admitir que la obediencia a las leyes, en tanto tales, sea siempre un bien, tampoco puede admitirse la opinión contraria, o sea, que la obediencia escrupulosa a las leyes positivas constituya siempre un mal. El error de cierto positivismo jurídico consiste en haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto; pero no es mayor que el error de la teoría contraria que eleva a valor absoluto la ideología de la desobediencia.

8. DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA

Mientras que la oposición a la ideología del positivismo jurídico ha sido particularmente animada en el campo de los sostenedores del derecho natural, en todas sus formas, y constituye un episodio en la recurrente polémica entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, la oposición al positivismo jurídico como teoría ha nacido sobre el terreno de la sociología jurídica y es un episodio de otra oposición recurrente entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia sociológica, entre teoría estatal y teoría social del derecho,

entre formalismo y realismo. La crítica de los *horrores* es sustituida aquí por la crítica de los *errores*. El libro de Ehrlich, ya citado, es un ejemplo de este tipo de crítica; su objetivo no es mostrar que la ideología de los juristas tradicionales es mala, sino sobre todo, que sus tesis acerca de la noción del derecho, de la función del jurista y del juez, son equivocadas. Frente al avance de las teorías sociológicas del derecho, el positivismo jurídico ha reaccionado de varias maneras: 1) negando los errores a él atribuidos y acusando a los adversarios de incomprensión; 2) modificando las propias tesis para poder hacerse cargo de las críticas de los adversarios sin abandonar sus principios; 3) reconociendo abiertamente el error y adaptando la teoría de tal manera que pueda incluir las tesis adversarias.

Un ejemplo interesante de la primera respuesta se encuentra en la discusión acerca de la plenitud del orden jurídico. Tras una etapa a-crítica del problema, que coincide con la fe ciega en la omnisciencia del legislador y corresponde a aquella corriente que ha sido llamada en Francia escuela de la exégesis, ha sucedido la etapa de la crítica abierta, cuyo representante más combativo ha sido la escuela del derecho libre. La respuesta del positivismo jurídico ha sido, por un lado, la llamada teoría jurídica del espacio vacío (Bergbohm, y, en Italia, Romano), según la cual el caso no regulado por las leyes positivas no es una laguna del orden, sino un hecho jurídicamente irrelevante; por otro, la teoría de la norma jurídica exclusiva (Zitelmann y, en Italia, Donati), según la cual el caso no regulado por la norma especial cae en el ámbito de la norma general que excluye de la reglamentación de la norma especial todos los casos posibles que no entran en ella. Las lagunas, de las que habla el jurista sociológico, serían, desde este punto de vista, ideológicas, esto es, representarían la falta no ya de una norma jurídica positiva, sino de la norma tal co-

mo debería ser para que el sistema jurídico fuese ideológicamente aceptable.

Un ejemplo interesante del segundo tipo de respuesta surge, según mi opinión, de la discusión en torno de la imperatividad: escritores que son considerados positivistas por excelencia, como Kelsen, han abandonado la noción de imperatividad, considerándola no esencial para una coherente teoría positivista del derecho. La noción que parece hoy más apta para señalar las normas jurídicas es aquélla más genérica de prescripción, de la cual el mandato es solo una especie. Es una noción aceptada por los partidarios de una de las teorías más extremas del realismo jurídico, tales como Ross.[10] Y se encuentra, no obstante la *communis opinio* contraria, también en Kelsen.[11] La noción de "proposición prescriptiva" parece más adecuada para comprender los diversos tipos de reglas que componen un ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, cumple la misma función de la noción de "mandato", que es la de distinguir la esfera de las reglas jurídicas de la de las leyes naturales.

El ejemplo más importante de la admisión de las críticas del adversario se refiere a la teoría de las fuentes. Es un hecho que con respecto a los orígenes históricos, el positivismo jurídico está ligado a la consideración de la ley como fuente principal y a la subestimación del derecho judicial. Hasta hace poco, ha sido considerado característica esencial del positivismo jurídico el llamado "codicismo".[12] En la opinión corriente de los adversarios,

---

[10] A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958 [trad. esp. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963]. Ross habla de *directives*, distinguiéndolas de las *assertions* y de las *exclamations* (p. 8 y ss.).

[11] *Teoria generale del diritto e dello stato* [traduc. italiana, Milán, Comunità, 1952, p. 45].

[12] En el artículo citado por Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico", p. 255.

sobre todo de los partidarios de la escuela realista, uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico es la concepción mecanicista de la interpretación judicial y el desconocimiento del poder creador del juez. A menudo suele escucharse que el positivismo jurídico es aquella teoría que considera al juez como un autómata, y a la decisión judicial como un silogismo. Aquí las críticas provenientes de la corriente sociológica han abierto una brecha que no ha vuelto a cerrarse porque han sido dirigidas no sobre el terreno de los programas, sino de las pruebas de hecho, y los hechos aducidos eran difícilmente refutables. Se ha observado que aun prescindiendo de la discusión programática acerca de si está bien o mal conceder mayor libertad al juez en la búsqueda del derecho, *de hecho* el juez crea derecho, a pesar de la supremacía de la ley y de la obligación de decidir conforme a reglas previamente puestas. La creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad dentro del sistema mismo, contra la cual se estrellan los argumentos éticos como las flechas contra una muralla. Aun los más fieles y ortodoxos sostenedores del positivismo jurídico no han podido hacer otra cosa que tener en cuenta esta realidad: la teoría mecanicista de la interpretación está abandonada casi completamente. El mismo Kelsen ha dado un buen ejemplo. Y si hay que juzgar por el interés suscitado en Italia en estos últimos años, en la fortaleza en un tiempo inexpugnable de los juristas, por las teorías de la jurisprudencia sociológica y la discusión alrededor de los juicios de valor en la decisión judicial, hay que reconocer que tiene razón Carnelutti cuando desde hace un tiempo repite que finalmente también nosotros hemos descubierto que el momento decisivo de la vida del derecho es el fallo judicial. Con esto no se quiere condenar al ostracismo a la concepción mecanicista de la interpretación;

pero se le da el puesto que merece, que no es ya el de ser el fiel reflejo de aquello que sucede de hecho en los sistemas de predominio legislativo, sino una de las posibles actitudes que el juez puede asumir frente a las reglas que debe aplicar.

Pero en este punto, lo que interesa a los fines del presente análisis es la respuesta a esta pregunta: ¿una consideración más realista de la actividad del juez, de la cual todos debemos algo a las teorías sociológicas del derecho, tiene el poder de modificar de algún modo la tradicional teoría de las fuentes, propia del positivismo jurídico? Me parece que la respuesta no puede ser sino negativa. Existen dos alternativas: a) o se considera "fuente del derecho", como lo hace la doctrina tradicional y el mismo legislador (por ejemplo, el artículo 1° de las disposiciones sobre la ley en general, con que comienza el Código Civil italiano), a los hechos que el orden jurídico califica como creadores de normas obligatorias generales, y entonces la verificación de que a través del juez el derecho vigente de un determinado país se desarrolla, se completa, se adapta a las nuevas situaciones, no autoriza al teórico del derecho a incluir la decisión del juez entre las fuentes del derecho donde no rige la institución del precedente obligatorio: La decisión del juez, en efecto, en cuanto es obligatoria, o sea, respecto de las partes no es general; en cuanto asume la forma de enunciación de una máxima general, no es obligatoria; y si tiende a volverse tal, a través de la práctica de los tribunales, fuente del derecho es, en este caso, la costumbre y no el juez; b) o se acepta un significado mucho más amplio de "fuente del derecho" –para comprender también las normas individuales (en el sentido kelseniano)– y entonces ciertamente la decisión judicial entra dentro de las fuentes del derecho, pero esta aceptación no depende del descubrimiento del poder creador del juez, porque la sentencia

es norma individual tanto en el caso de que sea producto del poder creador del juez, como en el caso de que sea mera aplicación de una norma general. Es necesario estar atento para no atribuir al mejor conocimiento acerca del modo cómo funciona un sistema, la virtud de modificar el sistema.

9. DEFENSA DEL *APPROACH* POSITIVISTA AL DERECHO

Falta hablar de la validez del *approach* característico del positivismo jurídico, esto es, del punto de vista empírico que adopta frente al derecho. Aquí, el acuerdo es más amplio; mientras con respecto al punto examinado en el parágrafo precedente, el positivismo jurídico tiene que habérselas con las corrientes sociológicas y realistas; en la consideración del derecho como hecho y en la distinción entre aquello que el derecho es y aquello que debe ser, positivismo y realismo están de acuerdo y son aliados en contra de las corrientes jusnaturalistas. Sin embargo, aquí la cuestión es, como ya hemos dicho, la de la oportunidad o conveniencia en la elección del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y de la teoría general del derecho. Me parece difícil que se puedan aducir buenos argumentos para probar la conveniencia del punto de vista contrario, esto es, que la ciencia jurídica deba ocuparse del derecho tal como debe ser, o mejor, del derecho existente siempre que concuerde con un derecho ideal o racional. El ejemplo del lenguaje es adecuado: el lingüista, sea que se ocupe de lenguas muertas, sea que se ocupe de lenguas vivas, considera el lenguaje que es efectivamente hablado –no importa si el mismo es bárbaro o refinado, vulgar o culto–. Al trasponer el umbral de la investigación el científico depone los jui-

cios de valor. Así, pues, con respecto al derecho no se advierte por qué aquello que se admite sin dificultad para la historia del derecho no deba admitirse para el estudio de un derecho vigente, esto es, de aquello que es derecho y, por consiguiente, objeto de investigación de la ciencia jurídica, tanto el derecho justo como el injusto. ¿Admiten todos este punto de partida? Entonces todos son positivistas sin saberlo.

Alguno podría todavía objetar que quien se opone al positivismo jurídico sobre este terreno no dirige su ataque tanto a la oportunidad del punto de vista fáctico como a su insuficiencia. Admitamos, dice el jusnaturalista impenitente, que un sistema de derecho vigente sea un sistema de hechos históricos, y que, por consiguiente, haya que partir de consideraciones fácticas; pero estas consideraciones fácticas no son suficientes para dar una justificación del derecho o, en todo caso, la única justificación que ellas pueden dar es la que consiste en reducir el derecho a la fuerza. Aquí la respuesta será más breve y también, a causa de la gravedad de la acusación, más severa. En primer lugar, no se puede pedir a una doctrina que se propone una investigación fáctica del derecho, que sirva también para proporcionar criterios éticos de justificación de los hechos. O mejor: cualquier jurista que se inspira en los cánones del positivismo tiene sus buenos criterios para dar una justificación del derecho, pero no los mezcla con la investigación para no confundir asuntos diversos. La insuficiencia del *approach* positivista, si se puede hablar de insuficiencia, es deliberada. En cuanto a la reducción del derecho a fuerza, es dable responder que como el positivismo jurídico no es una teoría acerca de la justificación del derecho no justifica la fuerza, así como no justifica ningún otro fundamento que se quiera atribuir al derecho. El positivismo jurídico se limita a afirmar que si se quiere elaborar una ciencia jurídica

es oportuno considerar derecho a aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas (principio de efectividad). Con esto no se dice: a) que las reglas efectivamente obedecidas o aplicadas deban su eficacia primordialmente a la fuerza ejercida por los órganos del poder coactivo, ya que tal eficacia puede derivar de la adhesión espontánea; b) que el poder que ejerce la coacción derive de un acto de fuerza o se apoye en la fuerza, ya que puede derivar del consenso y apoyarse en él. Entre el principio de efectividad y la reducción del derecho a la fuerza, hay una gran diferencia: uno establece el ámbito de la ciencia jurídica e indica aquello que es oportuno considerar como derecho a los fines de una investigación científica; el otro es una de las tantas tentativas, más o menos inteligente, de justificar aquello que sucede. Ahora bien, ocurre que sobre la base del principio de efectividad se considera como derecho a cierto conjunto de reglas, independientemente del motivo de su eficacia y, por consiguiente, se tiene como tal tanto a las que son efectivas por consenso como a aquellas que lo son por la fuerza. El principio de efectividad vale también para el derecho internacional; pero las normas de derecho internacional tienen como fundamento el consenso y no la fuerza. Si después realmente se descubriese que las reglas jurídicas de un Estado están fundadas exclusivamente sobre la fuerza, no es posible comprender cómo el principio de efectividad y, por consiguiente, el positivismo jurídico, que se limita a verificar aquello que sucede la mayoría de las veces y no a dar una justificación ética de ello, puede ser inculpado de esta lamentable (pero no sorprendente) realidad.

Tal vez la acusación más grave hecha al positivismo jurídico en este campo es otra: la de que no es fiel al punto de partida; ¿es verdad –agregan los críticos más empe-

cinados– que el positivista abandona los juicios de valor al trasponer el umbral de la investigación? El positivista cree que lo hace, pero en realidad no es así; toma posición, aunque no lo admita y crea ser objetivo. La pretensión de ser éticamente neutral es infundada.[13] La misión del jurista no es solo la de describir aquello que es derecho en una determinada sociedad, sino también interpretar el derecho vigente a través de la aplicación en los tribunales. Nadie cree ya en la actualidad, como se ha visto en el parágrafo anterior, que la interpretación, aun la llamada mecánica, sea una operación meramente lógica. ¿Pero esta objeción conduce verdaderamente a demostrar la infidelidad del jurista al punto de partida fáctico? Yo diría que no. Cuando el positivista sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho tal como es y no como debe ser, no pretende desconocer que el derecho que es, está constituido también por una serie de apreciaciones relativas a situaciones de hecho, de las que nacen las reglas ni afirmar que solo el legislador, y no el juez o el jurista, puede hacer esas apreciaciones. El hecho de que la actividad del jurista no sea únicamente lógica, sino también valorativa, y esté éticamente orientada, no modifica la circunstancia de que sus valoraciones llegan a ser derecho no por el hecho de ser buenas, sabias, justas, conformes al derecho natural, sino simplemente porque ellas se convierten en reglas válidas del sistema. La tesis de que el derecho es aquello que de hecho es, no lleva a excluir que entre esos hechos se encuentren las valoraciones personales del legislador, del jurista y del juez; significa simplemente que estas valoraciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos estable-

[13] Véase la conclusión de la discusión entre Hart y Fuller, y las últimas palabras del segundo en "Positivism and Fidelity to Law", en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 672.

cidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes, y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia. Hay que distinguir el momento en el que el jurista hace del derecho un objeto de la propia investigación y aquel momento en el cual contribuye a crearlo (la analogía con el lingüista vuelve aquí a ser esclarecedora): es obvio que el modo fáctico de considerar el derecho se refiere al primero y no al segundo momento.

10. CONCLUSIONES

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí sobre las diversas formas bajo las que se presenta la doctrina del positivismo jurídico, tenían por único fin invitar a reflexionar sobre el hecho de que en la crítica del positivismo jurídico no es posible, como se dice, colocar todas las posiciones en un "mismo saco". Para concluir, quisiera fijar algunos puntos de coincidencia y de desacuerdo.

El aspecto más discutible o por lo menos aquél acerca del cual es oportuno expresar cierta reserva y hacer distinciones muy claras, es el ideológico. Si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el Estado es el supremo portador de los valores del bien y del mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias. Pero si la ideología del positivismo jurídico se identifica más bien con la defensa de ciertos valores –para cuya realización parece particularmente idóneo el ordenamiento jurídico– tales como el de la legalidad, del orden, de la certeza, lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los únicos, y que como tales pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos. Como ética de la

legalidad, de la paz, de la certeza, el positivismo jurídico tiene sus documentos perfectamente en regla para ser admitido entre las ideologías que no repugnan, por ejemplo, a una concepción democrática del Estado. No llego a decir que sea la más compatible, porque la relación entre positivismo jurídico y Estado democrático cambia con el tiempo. Pero no veo que se pueda anatematizar el positivismo jurídico en nombre de los valores de la democracia; por otra parte, el positivismo jurídico y la concepción democrática del Estado han tenido en el pensamiento de Kelsen una unión personal que se mantiene hasta ahora.

En cuanto al positivismo como teoría del derecho, creo que conviene distinguir entre un significado restringido y un significado amplio de la teoría. Si hubiese que entender por positivismo jurídico únicamente el "codicismo", es decir, la teoría de la interpretación mecánica de la ley, creo que tendrían razón aquellos que proponen descartarlo por la razón óptima de que es desmentido por los hechos. Pero, desde la época del llamado fetichismo legislativo, ha pasado mucha agua bajo los puentes y ya nadie cree seriamente que el juez sea un autómata. Se trata de ver si conviene llamar positivismo jurídico a la teoría ampliada, que ha modificado o va modificando radicalmente las ideas acerca de la interpretación jurídica y acerca de la obra de la ciencia del derecho. Yo creo que sí, ya porque me parece que no se han inventado otros nombres, ya porque de hecho esta acepción más amplia está siendo admitida por el uso sin provocar demasiados inconvenientes; ya finalmente, porque la ampliación, como lo he mostrado en el parágrafo 8, no trae aparejada ninguna confusión en los presupuestos. Se ha cuidado de restaurar el interior, pero el frente y el cuerpo del edificio permanecen siempre iguales, así como su destino.

Finalmente, en cuanto al positivismo como modo de estudiar el derecho, me parece que es aceptable sin modificación, o sin que sea necesario introducir una distinción entre sentido bueno y sentido malo, como lo es respecto de la ideología positivista, o entre sentido amplio y sentido restringido, como lo es en relación con la teoría positivista. Aquí el problema es uno solo: se trata de saber si se quiere verdaderamente colocar a la ciencia jurídica sobre bases sólidas, o si se quiere perpetuar la confusión, siempre atractiva en las disciplinas morales, entre el momento de la investigación y el de la crítica ético-política.

III

JUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO*

1. DEFINICIÓN DE LOS DOS TÉRMINOS

La distinción entre los diferentes significados de la expresión "positivismo jurídico", presentadas en el capítulo precedente, puede servir también para otro fin: eliminar muchos equívocos en la disputa tradicional entre los partidarios del jusnaturalismo y los del positivismo jurídico. Lo encarnizado de la polémica puede en realidad inducir a creer que se trata de dos concepciones opuestas en toda su significación y entre las cuales es necesario escoger: o se es jusnaturalista o se es positivista. Por el contrario, sostengo que: 1) las expresiones "jusnaturalismo" y "positivismo jurídico" han sido adoptadas con significados tan diversos que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en diversos planos según que se trate de uno u otro significado; 2) solo en uno de estos significados constituyen una verdadera y auténtica alternativa. Precisamente por no tener en cuenta los diversos planos, se crea la curiosa consecuencia

* "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", en *Rivista di diritto civile*, VIII, 1962, pp. 503-515.

de que a menudo los argumentos de los adversarios no se encuentran y que después del duelo a muerte, ambos están más vivos que al principio.

Por lo pronto, intento redefinir las dos expresiones "jusnaturalismo" y "positivismo jurídico". Por "jusnaturalismo" entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por "positivismo jurídico" entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones. Mientras que el jusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del derecho positivo. Por otra parte, mientras que el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo, el jusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. Más brevemente: por jusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista.

De esta manera de definir el jusnaturalismo y el positivismo jurídico se puede obtener una primera observación: ni una ni otra concepción agotan las concepciones generales posibles del derecho. Es posible imaginar por lo menos tres más: 1) existe tanto el derecho natural como el derecho positivo, pero no en relación de dependencia, sino de independencia o de indiferencia; 2) existe solo el derecho natural; 3) existe el derecho natural y el derecho positivo, pero el derecho positivo es superior al derecho natural.

La primera de estas tres teorías se contrapone tanto al jusnaturalismo –porque niega la superioridad del derecho natural sobre el positivo– como al positivismo jurídico –porque niega la exclusividad del derecho positivo–. Aquí se sitúan todos aquellos autores que han considerado al derecho natural y al derecho positivo no ya como dos órdenes dispuestos jerárquicamente, sino como dos *especies* de un mismo *genus*. Cuando Aristóteles, al comienzo del capítulo VII del Libro V de la *Ética a Nicómaco* dice que una parte de lo justo civil es natural, y la otra legal, distingue y delimita dos esferas de normas, distintas por el ámbito y el fundamento de la validez, pero no necesariamente contrapuestas y mucho menos recíprocamente excluyentes. Lo mismo sucede con Paulo, cuando expone una de las célebres distinciones entre derecho positivo y derecho natural del *Corpus iuris,* introduciéndola con estas palabras: "Ius pluribus modis dicitur: uno modo... altero modo..." (D. 1, 1, 11).

La teoría *sub* 2 sería antitética a aquella que hemos considerado como típica del positivismo jurídico. Pero no encuentro ejemplos en la historia. La existencia del derecho natural como único derecho es característica de aquel estado particular de la humanidad que es el estado de naturaleza. Pero el estado natural puro en el cual los hombres viven siguiendo exclusivamente las leyes naturales, es considerado generalmente como imaginario, una hipótesis científica como en Hobbes, un ideal regulativo como en Locke. En el estado histórico en el que viven los hombres, el derecho natural está entremezclado con el derecho positivo cuando no totalmente desplazado por éste.

La teoría *sub* 3 representa la antítesis de la teoría que hemos considerado como típica del jusnaturalismo; admite la existencia de la distinción entre derecho natural y derecho positivo, pero invierte la relación de depen-

dencia, sosteniendo la superioridad del segundo sobre el primero. Pienso que se puede ubicar históricamente en esta corriente todos aquellos autores que admiten el derecho natural pero no le reconocen otra función que la de integrar el derecho positivo, en caso de lagunas. En este sentido, el derecho natural no queda expulsado del sistema, pero vive, por así decirlo, al margen del mismo, como fuente de reserva para las decisiones del juez. No tiene la fuerza de desplazar al derecho positivo cuando éste está promulgado; lo que con otras palabras significa que donde existen normas positivas, éstas prevalecen; solo allí donde el derecho positivo falta, entra en acción el derecho natural, como fuente suplementaria de creación jurídica. Una tesis de este tipo fue compartida largamente por los juristas antes de que triunfase, con las grandes codificaciones, el dogma de la plenitud del orden jurídico.

2. TRES FORMAS DE JUSNATURALISMO

El jusnaturalismo, como hemos dicho, afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. Esta superioridad ha sido sostenida, en grandes líneas, de tres maneras que distinguen tres formas típicas de jusnaturalismo: el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano (no encuentro una denominación mejor para este último).

1) El derecho natural es el conjunto de primeros principios éticos, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo; este último, según la conocida exposición de Santo Tomás, procede de lo que es natural, *per conclusionem*, o *per determinationem*. En esta acepción, el derecho natural es un sistema compuesto de poquísimas

normas (según algunos, de una sola norma), que tienen por destinatarios no ya a todos los hombres, sino principalmente a los legisladores. Del hecho de que los destinatarios del derecho natural sean en primer lugar los legisladores, surge la consecuencia de que los súbditos, en algunos casos, están obligados a obedecer incluso las leyes injustas, porque están legítimamente promulgadas.

2) El derecho natural es el conjunto de *dictamina rectae rationis* que proporcionan la materia de la reglamentación, mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios práctico-políticos (como la institución y la organización de un poder coactivo) que determina la forma de aquéllas; o, con otras palabras, el primero constituye la parte preceptiva de la regla, aquella que atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento y el segundo la parte punitiva, aquella que hace efectiva la regla en un mundo que, como el humano, está dominado por las pasiones que impiden a la mayoría seguir los dictámenes de la razón. Según la terminología kantiana, que en mi opinión reproduce exactamente este punto de vista, la distinción entre derecho natural y derecho positivo corresponde a la distinción entre derecho preceptivo y derecho perentorio; aquello que cambia en el derecho positivo con respecto al derecho natural, no es el contenido, sino los diversos procedimientos utilizados para imponerlo. En esta acepción, el derecho natural es el producto de las relaciones de coexistencia de los individuos fuera del Estado (es decir, en el estado de naturaleza) y tiene, por lo tanto, como destinatarios a más del legislador a los individuos singulares.

3) El derecho natural es el fundamento o sostén de todo el orden jurídico positivo. A diferencia de lo que ocurre en la teoría precedente, aquí el contenido de la reglamentación está exclusivamente determinado por el legislador humano (el soberano): la función del derecho natu-

ral es pura y simplemente la de dar un fundamento de legitimidad al poder del legislador humano, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todo aquello que ordena el soberano. En esta concepción, que caracteriza, según mi opinión, la teoría de Hobbes,[1] el derecho natural queda reducido a una única norma. En la sociedad de iguales: "hay que cumplir las promesas"; en la sociedad de desiguales: "hay que obedecer las órdenes del superior". Como se ve, en esta concepción la ley natural sirve únicamente para poner en movimiento el sistema; pero una vez puesto en marcha, éste funciona por sí mismo. La ley natural, así concebida, tiene por destinatarios exclusivamente a los súbditos. Confrontándola con la concepción precedente, se invierten aquí los papeles entre el derecho natural y el positivo. Aquí el derecho natural hace posible la aplicación del derecho positivo en el sentido de que funda su legitimidad; allí el derecho positivo hace posible la aplicación del derecho natural en el sentido de que asegura su efectividad; allí el derecho es todo natural salvo en el mecanismo de la coacción; aquí es todo positivo, salvo en el procedimiento de legitimación. Esta segunda concepción representa, también históricamente, el paso del jusnaturalismo al positivismo jurídico.

3. TRES MOMENTOS DE LA CRÍTICA POSITIVISTA

La distinción entre las tres principales formas de jusnaturalismo, presentadas en el parágrafo anterior, permite fijar y retomar los tres principales momentos de la crítica positivista. Cada una de las tres formas de jusnaturalismo

---

[1] "...la ley natural ordena obedecer a todas las leyes civiles en virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos", *De Cive*, XIV, 10.

representa un modo de afirmar que el derecho positivo depende del derecho natural; los tres principales momentos de la crítica positivista representan las diversas maneras como el derecho natural ha sido desplazado, cuando no totalmente eliminado, de las posiciones en las que se había situado repetidamente.

En contra de la primera posición del jusnaturalismo –aquella tradicional o escolástica, según la cual el derecho natural es el conjunto de los primeros principios éticos– el positivismo jurídico se ha valido de la crítica historicista, que no admite principios éticos evidentes por sí mismo, con valor absoluto y universal. Las pretendidas leyes naturales primarias son meramente formales (como *bonum faciendum, male vitandum)* y por consiguiente pueden ser llenadas con cualquier contenido e interpretadas por cada uno a su manera. Todas las principales corrientes filosóficas del siglo pasado han sido, desde este punto de vista, antijusnaturalistas, desde el historicismo de derecha al de izquierda, desde el positivismo evolucionista al sociológico, desde el utilitarismo al pragmatismo y hasta el irracionalismo. El positivismo jurídico ha sacado de allí todas las consecuencias, tales son: si no hay leyes de conducta universalmente válidas, si las leyes que rigen la vida y la sociedad de los hombres son mutables en el tiempo, no hay otro criterio del bien y del mal que aquel que establece de tanto en tanto la autoridad constituida, el legislador humano, el soberano. Doquiera son posibles múltiples interpretaciones de las leyes naturales, la interpretación más segura es la que tiene de su lado la aprobación de la historia, que se manifiesta bajo la forma del éxito político (teorías realistas) o de la aprobación de la mayoría (teorías democráticas).

En contra de la segunda forma de jusnaturalismo, la crítica positivista ha venido afirmando cada vez con mayor claridad que no existen materias jurídicas privilegiadas

y que, por consiguiente, todo comportamiento puede llegar a ser contenido de una norma jurídica. Lo que hace que una regla de conducta sea una norma jurídica no es que posea este o aquel contenido, sino el modo de su creación o de su ejecución. Todos reconocen aquí las típicas doctrinas positivistas del derecho como mandato del soberano o como norma coactiva; doctrinas cuya característica consiste en desplazar el elemento constitutivo de la noción de derecho, de la materia a la forma de la regla jurídica (de aquí la frecuente identificación de positivismo jurídico y formalismo). En términos kantianos se podría decir que el positivismo jurídico es, en este sentido, aquella doctrina que negando carácter de derecho hasta al derecho preceptivo, hace de la perentoriedad el carácter esencial del derecho.

La tercera y última posición del jusnaturalismo es aquella que, como hemos visto, atribuye a la ley natural la función de *atlante* del sistema jurídico positivo, o de norma fundamental del sistema. En contra de esta posición se encuentra el principio positivista por excelencia de la fundamentación del derecho, no sobre otro derecho (lo que implicaría un regreso *ad infinitum*), sino sobre un hecho, es decir, el principio de efectividad. Aquello que hace que un conjunto de reglas de conducta constituya un orden jurídico en una determinada sociedad, no es ya la existencia de un deber de obediencia de sus miembros, derivado de una ley extrapositiva, sino el hecho, el simple hecho, históricamente verificable, de que el orden es obedecido habitualmente por la mayor parte de las personas a quienes se dirige. Cuando algún autor ha querido seguir manteniendo la teoría jusnaturalista de la norma fundamental, ésta ha sido transformada, como en la doctrina de Kelsen y sus partidarios, no en una norma igual a todas las demás, sino en una hipótesis científica, o en una norma, respecto de

la cual no se puede plantear el problema de la validez, como se plantea respecto de las otras normas, toda vez que solo se puede admitir la existencia de ella cuando se verifica su eficacia.

4. ALGO MÁS ACERCA DE LAS TRES FORMAS DE POSITIVISMO JURÍDICO

Si observamos ahora atentamente estos tres momentos de la crítica positivista, veremos surgir de cada uno de ellos las tres formas principales en las que se ha presentado históricamente el positivismo jurídico y sobre las cuales he llamado ya la atención, individualizando en el vasto y complejo fenómeno del positivismo jurídico algunas veces una ideología de la justicia (una ética), o una teoría general del derecho, o bien un modo de entender la ciencia jurídica (en un sentido muy amplio, un método).

En su primer aspecto, o sea, como ideología, el positivismo jurídico se reduce en último análisis a la afirmación de que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido, o de que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas. Otras veces he llamado a esta posición formalismo ético, definiéndolo sintéticamente como aquella concepción que reduce la justicia a la validez, desde el momento en que considera justas a las leyes por el solo hecho de ser válidas.[2] Aquí me limito a señalar que esta concepción puede ser considerada como una respuesta a la posición escéptica en que algunas veces desemboca la polémica historicista y relativista contra el jusnaturalismo. Donde no existe una ley moral objetiva accesible a la razón *natural*

[2] "Formalismo giuridico e formalismo etico", citado en la nota 4 del capítulo I.

del hombre, puede parecer que el único remedio contra la confusión de los juicios morales, que provoca la violencia y la anarquía, es el sometimiento a la razón *artificial* del soberano (Hobbes), o a la razón histórica que se realiza cada vez en la voluntad general (Rousseau), o en el estado (Hegel).

En el segundo aspecto, en cuanto teoría general del derecho, el positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador; de aquí deriva la común atribución al derecho, de aquellas características que son propias del derecho legislado del Estado moderno (generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud). Sin embargo, me parece que esta corriente puede ser iluminada por la apelación al segundo momento de la crítica positivista, es decir, a aquel momento a través del cual se produce un desplazamiento radical desde una consideración material del derecho -propia de un jusnaturalismo extremo- a una consideración meramente instrumental, o sea, a aquella consideración según la cual, lo que caracteriza al derecho no es la naturaleza de la materia reglada sino el conjunto de los procedimientos con los cuales un sector cualquiera de comportamientos humanos puede ser regulado y protegido contra la violación. La teoría formalista del derecho, propia del positivismo jurídico, es, bajo ciertas formas, la respuesta a la pretensión del jusnaturalismo racionalista de establecer aquello que es jurídico y aquello que no es jurídico antes de que se hayan realizado aquellas técnicas de organización de la sociedad, en las que consiste el Estado, entendido éste como aparato para la monopolización la fuerza dentro de cierto grupo social.

En su tercer aspecto, el positivismo jurídico es un modo de entender el estudio científico del derecho y, por consi-

guiente, la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser. En la base de esta teoría de la ciencia jurídica se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aun sin ser justas (que son las únicas de las que se ocupa la ciencia jurídica) y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; solo las primeras son objeto del estudio científico del derecho. El positivismo jurídico está unido a esta distinción, en cuanto considera al derecho como mero hecho histórico y, por consiguiente, prescinde de toda legitimación ética, o sea, del problema del fundamento que ha sido siempre la verdadera ocupación del jusnaturalismo. Se observa aquí la conexión entre este aspecto del positivismo jurídico y el tercer momento crítico en la oposición del jusnaturalismo, momento en el cual los juristas, esgrimiendo el principio de efectividad, han bloqueado toda investigación del fundamento o de la legitimación ética, que habría abierto la puerta, una vez más, al jusnaturalismo.

No me interesa tanto poner en evidencia la relación entre los diversos momentos de la crítica positivista al jusnaturalismo, y las diversas formas de positivismo jurídico, como llamar la atención sobre el hecho de que la expresión "positivismo jurídico" puede indicar diversas actitudes frente al derecho y ha significado cosas muy diferentes, según las diversas actitudes a las que se refiere. Si la noción de positivismo jurídico se reduce a aquella doctrina que, en el tradicional conflicto entre derecho natural y derecho positivo, afirma la exclusividad del derecho positivo, esta exclusividad tiene un significado diverso según que se convierta en la base de una ética (o de una ideología política), de una teoría o de un método. En el primer caso significa que el derecho positivo, no el derecho natural, debe determinar la conducta de los hombres; en el segundo caso,

que el derecho positivo, no el derecho natural, proporciona la mejor explicación del fenómeno jurídico; en el tercer caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, constituye el objeto particular de estudio por parte de la ciencia jurídica.

5. RELACIÓN ENTRE EL JUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO IDEOLOGÍAS

Después de haber mostrado que existen tres formas diversas de positivismo jurídico, el paso siguiente en esta investigación consiste en mostrar que la relación entre positivismo jurídico y jusnaturalismo se presenta de manera diferente en cada una de las tres diversas formas; de modo tan diverso que la sola contraposición, por ser demasiado genérica, puede extraviarnos.

La mera contraposición vale únicamente si es referida a la relación entre positivismo jurídico como ideología y jusnaturalismo como ideología. Aquí la oposición es neta, tan neta que plantea una alternativa. La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: "Se debe obedecer las leyes en cuanto tales"; la del jusnaturalismo, de esta otra manera: "Se debe obedecer las leyes solo en tanto son justas". En el primer caso las leyes son ellas mismas criterio de lo justo y de lo injusto; en el segundo, las leyes están a su vez sometidas a un criterio superior de valoración (que se considera obtenible, en la ética jusnaturalista, del conocimiento de la naturaleza humana). En el primer caso se puede hablar de ética legalista, según la cual solo existe lo justo legal; en el segundo caso, de ética naturalista para la que existe también (o únicamente) lo justo natural. Nótese bien que la polémica antipositivista conducida en estos últimos años por el jusna-

turalismo renacido y revigorizado, es una polémica ideológica; es decir, una polémica en la que aquello que se imputa al positivismo jurídico es cierta toma de posición, o, en otras palabras, el pasaje subrepticio de un determinado método de investigación o de una determinada teoría a la declaración y exaltación de ciertos ideales que habrían de ser más tarde los ideales condenables del culto del Estado, de la exaltación del *jefe*, de la despersonalización, etc., etc. No examino aquí el fundamento histórico de atribuir al positivismo jurídico culpas tan nefastas, puesto que me he ocupado de ello en otras oportunidades. Me limito a hacer notar que si se lo considera no como un método o una teoría del derecho, sino como una ideología de la justicia, el jusnaturalismo se presenta aquí no como otro método u otra teoría, sino como otra ideología, y la relación entre uno y otro, en este nivel, es una relación entre dos morales que se excluyen recíprocamente.

Solo querría agregar que aun en este nivel, la contraposición entre positivismo jurídico y jusnaturalismo no es siempre tan clara. Hasta ahora la oposición se presenta así porque hemos tenido presente las versiones más extremas de las dos ideologías. Pero estas versiones extremas existen a menudo solo en la reconstrucción que de ellas hacen los adversarios a fin de obtener un blanco más fácil. En el parágrafo 5 del capítulo precedente he distinguido entre una versión extrema y una versión moderada de la ideología positivista. Del mismo modo se pueden distinguir dos versiones, una extrema y otra moderada de la ideología jusnaturalista; por consiguiente, es posible enumerar, resumiendo, no dos, sino cuatro formas típicas de la ideología de la justicia: a) por ideología positivista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales porque son justas (teoría de la obediencia activa); b) por ideología positivista moderada entiendo aquella según la

cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque la legalidad, por sí misma, garantiza la realización del valor específico del derecho, es decir, el valor del orden o de la paz social (teoría de la obediencia condicionada); c) por ideología jusnaturalista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas solo en tanto son justas, y como no todas las leyes por el solo hecho de ser válidas son también justas, existe en todos los hombres un derecho a la desobediencia (teoría de la desobediencia activa o de la resistencia); d) por ideología jusnaturalista moderada entiendo aquella según la cual las leyes pueden ser injustas, pero deben ser igualmente obedecidas, salvo en caso extremo (teoría de la desobediencia condicionada o de la obediencia pasiva). Mientras que, es indudable que las dos versiones extremas, más precisamente aquella de la obediencia activa y de la desobediencia activa, son antitéticas y constituyen una alternativa, en cambio, las dos versiones moderadas, la de la obediencia condicionada y la de la desobediencia condicionada, son convergentes, y la línea de demarcación entre ideología positivista y jusnaturalista en este plano se desvanece cada vez más. Tanto la teoría positivista moderada –según la cual las leyes deben ser obedecidas porque la obediencia a las leyes tiene por sí misma un valor positivo para el orden social– como la teoría jusnaturalista moderada –según la cual las leyes pueden ser desobedecidas solo si la desobediencia no pone en peligro el orden social– constituyen ambas un homenaje al valor de la legalidad. Además, ambas conducen a un resultado análogo, que consiste en inducir a la gente a obedecer en la mayor parte de los casos las leyes, aun cuando este ideal se obtiene con medios diversos, unas veces atenuando el rigor del deber de obediencia, otras, poniendo límite al deber de desobediencia y partiendo de presupuestos diversos, ya que para el positivista moderado la legalidad

es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el jusnaturalista moderado, un mal menor.

6. RELACIÓN ENTRE EL JUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO EN TANTO TEORÍAS GENERALES DEL DERECHO

De manera diversa se plantea el problema de la relación entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, cuando ambos son tomados en cuenta y contrapuestos no como ideologías, sino como teorías generales del derecho, esto es, como modos de entender y de explicar el fenómeno jurídico. En esta contraposición se trata de la vieja distinción entre una concepción voluntarista *(ratione imperii)* y una racionalista *(imperio rationis)* del derecho. El positivismo jurídico, sostenido por los juristas, no es una exaltación del Estado como fuerza moral, no tiene nada que ver con el culto del Estado; simplemente, es la elaboración teórica -podría decirse la dogmática- del voluntarismo jurídico. Una vez que se ha entendido el derecho como voluntad del soberano, siguen los dogmas de la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y de la norma como imperativo, la invocación a la voluntad tácita para justificar la costumbre, a la voluntad presunta para justificar la expansión del sistema más allá de las fórmulas expresas.

Análogamente, si se considera sin prejuicios la historia del jusnaturalismo, se observa que las doctrinas jusnaturalistas no coinciden siempre -como quieren hacer creer los modernos abogados defensores- con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una

moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes, tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia. Se ha podido demostrar recientemente, con los textos a la vista, que uno de los más encarnizados adversarios del derecho natural, Burke, era en realidad un convencido jusnaturalista.[3] Invirtiendo las perspectivas y las pretensiones de los modernos restauradores del derecho natural, que exaltan sus servicios en favor de la causa de la libertad, Pietro Piovani ha escrito un libro donde sostiene precisamente lo contrario, esto es, que el jusnaturalismo ha sido siempre, y por su propia naturaleza no puede ser otra cosa, que una ética de la ley contrapuesta a la ética de la libertad, y, en tanto tal, ha de considerárselo de una vez para siempre y sin posibilidad de apelación, como la verdadera rama seca de la filosofía del derecho.[4]

¿Cómo se explican interpretaciones tan diversas y opuestas? Y en especial, ¿cómo se explica que unas y otras sigan llamándose jusnaturalistas?[5] En mi opinión esto se explica de una sola manera: dándose cuenta que aquello que une las doctrinas opuestas que han sido llamadas y siguen siendo

---

[3] Esto se ha podido demostrar, se entiende, distinguiendo claramente dos direcciones jusnaturalistas, la clásica y escolástica de la que habría sido Burke partidario, y la de la ilustración de la que eran partidarios los aborrecidos doctrinarios de la revolución. Y sin embargo, los unos y los otros invocaban la misma entidad, la complaciente naturaleza. Me refiero al libro de P. J. Stanlis, *Edmund Burke and the natural law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1958.

[4] P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*. Bari, Laterza, 1961.

[5] Esta misma pregunta se plantea Fassò en el estudio "Che cosa intendiamo con diritto naturale?", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XV, 1961, pp. 168-190, a propósito de recientes "devaneos" de los jusnaturalistas con el historicismo, y responde con una exhortación a la claridad terminológica, que lo es también a la honestidad intelectual.

llamadas jusnaturalistas, no es una moral o una ideología de la justicia (hemos visto que las morales predicadas bajo la etiqueta de las leyes de la naturaleza son muy diversas), sino una *teoría de la moral* (o del derecho), es decir, aquella teoría según la cual el fundamento de las reglas de conducta humana no ha de buscarse en la voluntad del legislador (divino y humano) –entidad por esencia mutable–, sino en la naturaleza humana, constante, uniforme, eterna. El jusnaturalismo es uno de los modos recurrentes como se presenta una teoría objetivista de la ética. Se comprende que quien busca una ética común a todos los jusnaturalistas no logre encontrarla y al no lograrlo se envuelva en la confusión de las distinciones entre verdaderos y falsos jusnaturalistas, entre jusnaturalismo genuino y jusnaturalismo aparente. Pero esto sucede porque trata de interpretar el jusnaturalismo como aquello que no es, es decir –lo repito– como un determinado sistema de valores y de prescripciones, siendo que es un conjunto de consideraciones más o menos realistas acerca de la naturaleza humana, destinadas a fundamentar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea éste. Quien se dé, finalmente, cuenta de que el jusnaturalismo no es una determinada moral (como podría serlo, digamos, el cristianismo, el hedonismo, el utilitarismo, el marxismo), sino un modo de fundar la moral (cualquier moral), no experimentará ninguna sorpresa al saber que Burke era un convencido defensor de las leyes naturales, lo mismo que sus adversarios, y no se verá por tanto obligado a valerse de categorías historiográficas falsas como las que distinguen entre jusnaturalismo falso y verdadero; habrá comprendido además que tanto Burke como sus adversarios tenían en común la creencia de que el argumento más válido para sostener la propia ideología era presentarla como la única fundamentada –a diferencia de todas las demás– en la naturaleza del hombre. A esta altura podría-

mos muy bien decir suspirando: "Oh naturaleza del hombre, cuántas cosas has podido justificar". Pero con esto iniciamos una crítica que deja perfectamente intacta la validez de la interpretación.

De la fundamentación jusnaturalista del derecho derivan normalmente algunas tesis sobre aspectos principales de la experiencia jurídica que están en clara oposición con las respectivas tesis positivistas: las leyes de la conducta no como mandatos, sino como *dictamina rectae rationis*,[6] la naturaleza de las cosas, y no la legislación, como fuente principal de creación jurídica; la inadecuación y, por consiguiente, la insuficiencia intrínseca del orden jurídico positivo; la libre búsqueda del derecho más allá del derecho positivo, por parte del juez, para integrar, adaptar y mejorar el ordenamiento puesto. Pero los jusnaturalistas no han desarrollado sistemáticamente dichas tesis. Han sido retomadas por las corrientes sociológicas y realistas del derecho que pueden ser consideradas desde cierto punto de vista como una forma de jusnaturalismo modernizado. El jusnaturalismo y el positivismo jurídico, en tanto teorías, están bien lejos de agotar todo el posible campo de las teorías del derecho. Representan dos polos extremos entre los que hay lugar para teorías intermedias.

7. RELACIÓN ENTRE EL JUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO MODOS DIVERSOS DE APROXIMARSE AL ESTUDIO DEL DERECHO

Por último, analicemos la contraposición entre positivismo jurídico y jusnaturalismo cuando se parte de la conside-

[6] Sobre éste y otros puntos del jusnaturalismo como teoría general del derecho ha vuelto a llamar la atención de manera particular, A. Passerin D'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, Milán, Comunità, 1954, p. 83 y ss.

ración del positivismo jurídico como un modo de aproximarse al estudio del derecho, y en especial como aquel modo que, prescindiendo de todo juicio de valor, se dirige al derecho como hecho histórico y social y lo estudia con método científico. Solo en esta acepción el positivismo jurídico tiene algo en común con el positivismo filosófico; se puede decir, en realidad, que lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del método *positivo* para el estudio del derecho *positivo*. En esta frase el término "positivo" aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico.

Frente al positivismo jurídico así entendido, la exigencia jusnaturalista se hace valer de una manera diferente a las examinadas en los dos parágrafos precedentes. En el primer contexto examinado, el jusnaturalismo se manifestaba como la exigencia de contraponer a una ética de la legalidad estricta *(dura lex sed lex)* una ética de la justicia; en el segundo, como la exigencia de hacer derivar el conocimiento del derecho de una entidad constante, tal como la naturaleza, más que de una entidad variable históricamente, como la voluntad del legislador. En este nuevo contexto, por el contrario, el jusnaturalismo se manifiesta como reclamo de una definición valorativa del derecho, esto es, de una definición que, considerando al derecho no como mero hecho, sino como algo que tiene (o realiza) un valor, limite el uso del término derecho al derecho justo. Si en el primer contexto el jusnaturalismo se presenta como un motivo polémico en contra del formalismo ético, en el segundo se presenta más bien contra el formalismo científico, aquí la polémica está dirigida contra el formalismo jurídico, o sea, contra la pretensión francamente positivista-jurídica de distinguir al derecho del no derecho sin hacer ninguna referencia al contenido de las reglas jurídicas. Como se ve, la insistencia antiformalista del

jusnaturalismo actúa sobre tres planos diversos que conviene mantener separados. En otras palabras, esta última contraposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico se refiere a la disputa acerca de si conviene introducir en la definición del derecho una referencia al fin (el bien común, la justicia, la paz, etc.) o si es preferible definir el derecho mediante la referencia a los procedimientos, susceptibles de descripción fáctica, mediante las cuales se lo crea y aplica. Es indudable que el *approach* del positivismo jurídico está caracterizado y condicionado por este segundo tipo de definición; y del mismo modo, que este *approach* es el que permite que la ciencia jurídica se presente como no valorativa, característica de la que el jurista hace gala cuando quiere mostrar que es un científico como todos los demás.

Con particular referencia al problema del carácter no valorativo de la ciencia jurídica, la insistencia jusnaturalista se hace valer a veces de un modo más genérico, bajo la forma de la recurrente exigencia de una "crítica de las leyes". Ha sido observado -en mi opinión con razón- que, después de haber expulsado al derecho natural de todas las posiciones tradicionales, ningún jurista puede sensatamente rechazar la exigencia de una crítica de las leyes, de la que ha sido portador históricamente el jusnaturalismo en sus diversas formas, entendida esta crítica "como el filtro al que la conciencia no puede dejar de someter todo precepto que se presente como algo querido por otro, pero todavía no por nosotros".[7] Desde este punto de vista, el jusnaturalismo, con respecto al positivismo jurídico, no es otra cosa que una invitación dirigida al jurista para que tenga en cuenta que frente al derecho, como frente a todo fenómeno de la comunidad humana, se puede adoptar, además de la

[7] A. E. Cammarata, "Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità", en *Bolletino del'Istituto di Filosofia del Diritto, R. Università* di Roma, II, 1941, nota 1, p. 13.

actitud del investigador escrupuloso, imparcial, metódico, también la actitud valorativa del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, la transformación y la evolución del derecho. Aquello sobre lo que aún querrá insistir el positivista será que la crítica de las leyes es diferente de la ciencia jurídica, porque no puede ser practicada con el mismo rigor, no puede ser "ciencia". Pero ningún jurista será tan limitado como para sostener que frente al derecho no hay otra actitud posible que la de la neutralidad propia del científico. En la literatura jurídica se distinguen las consideraciones *de iure condito* de las de *de iure condendo* o de política legislativa. Los problemas, en modo alguno ociosos, que esta última suscita no se refieren en realidad a su posibilidad o a su oportunidad, sino a su cientificidad. Queda por observar que la insistencia en la crítica de las leyes no tiene ninguna vinculación necesaria con la pretensión de dar una definición valorativa del derecho -de lo que hemos ya hablado al comienzo de este parágrafo- aun cuando ambas se presenten como dos formas del *approach* jusnaturalista a la experiencia jurídica: una cosa es decir -como se debe decir si se adopta una definición valorativa del derecho- que no existe otro derecho que el justo; otra cosa es decir que el derecho debe ser -además de investigado como hecho -aprobado o desaprobado sobre la base de determinados valores aceptados como criterios de valoración. Veremos en seguida la importancia de esta distinción.

8. CONCLUSIONES

Si ahora resumimos la exposición de las tres formas bajo las que consideramos que se han presentado históricamente las relaciones entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico, observamos que en estas tres formas uno y otro se comportan recíprocamente de manera muy diferente.

En la medida en que se presentan como dos diversas ideologías de la justicia, el jusnaturalismo y el positivismo jurídico son incompatibles (en su forma extrema); además representan una alternativa frente a la cual no es posible dejar de elegir. Tienden pues a comportarse como dos proposiciones contradictorias que no pueden ser ambas aceptadas o ambas rechazadas.

Cuando se presentan como dos diversas teorías generales del derecho, el jusnaturalismo y el positivismo jurídico son también incompatibles, en el sentido de que no se puede sostener simultáneamente la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo y la exclusividad del derecho positivo. Pero tienden a comportarse más bien como dos proposiciones contrarias que no pueden ser aceptadas a la vez aunque puedan ser rechazadas ambas: una teoría, por ejemplo, que sostuviese que el derecho natural y el derecho positivo son dos *species* del *genus* derecho, no sería jusnaturalista ni positivista, sino un *tertium quid* entre los dos extremos.

Finalmente, cuando se presentan como dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica: el modo de la toma de posición y el modo de conocimiento, el jusnaturalismo y el positivismo jurídico son perfectamente compatibles ya que operan sobre dos planos diversos; por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma, por otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica; en este caso la controversia entre los partidarios de una y otra posición es totalmente estéril. Cuando más, se puede agregar que así como en esta tercera situación es posible comprobar una relación de conflicto cuando se entiende –como hemos hecho notar en el parágrafo precedente– la insistencia jusnaturalista como exigencia de una definición valorativa del derecho,

así también en la primera situación (oposición entre las dos ideologías), es posible comprobar una relación de convergencia, en donde se encuentran el jusnaturalismo moderado y el positivismo moderado. Esto es una confirmación ulterior del tema principal de este trabajo, o sea que las relaciones entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico -éstos, por así decirlo, enemigos fraternales- son muy variadas y complejas. Se podría decir *scherzosamente* que cuando se enfrentan como ideologías, son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías no son ni hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos.

Si volvemos ahora al punto de partida, es decir, a las definiciones de jusnaturalismo y de positivismo jurídico, dadas en el parágrafo primero, llegamos a comprender mejor los diversos significados que toman -en las tres diversas zonas de encuentro y desencuentro, examinadas en los tres parágrafos precedentes y resumidas en éste- la mencionada superioridad del derecho natural, característico del jusnaturalismo y la mencionada exclusividad del derecho positivo, característica del positivismo jurídico. En el plano de la relación ideológica, la superioridad del derecho natural significa que existen reglas de conducta cuya validez es fundamento de la validez de las reglas de derecho positivo y en cuanto tales, deben ser obedecidas con preferencia estas últimas. En el plano de la relación teórica, la superioridad del derecho natural significa que el recurrir a la naturaleza antes que a la voluntad del legislador ofrece una explicación más adecuada del fenómeno jurídico y una base más sólida para construir una teoría general del derecho. En el plano metodológico, la superioridad del derecho natural significa que si junto al estudio científico no valorativo del derecho se da cabida a la llamada crítica de las leyes, el me-

jor modo de llevarla a cabo es valerse de las sugerencias que provienen de la tradición del derecho natural. Análogamente, la exclusividad del derecho positivo significa, en el primer caso, que se debe obedecer incondicionalmente las leyes que establece el legislador porque no existen otras superiores a ellas; en el segundo caso, que el derecho natural no es una forma de derecho que se pueda colocar a la par de las diversas formas de derecho positivo; en el tercero, que el derecho positivo es el único objeto de estudio de la jurisprudencia como ciencia.

Uno de los fines -y por cierto, no el último- de este estudio, que muestra la variedad y complejidad de las relaciones entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico, era recomendar de ahora en adelante cierta cautela en la atribución a éste o a aquel autor del mérito (o del demérito) de ser jusnaturalista o positivista. Como ha mostrado Cattaneo en su estudio sobre el positivismo jurídico en Inglaterra,[8] autores que eran considerados como representantes típicos de la tradición positivista, resultan -cuando se hacen las debidas distinciones- que en ciertos aspectos son jusnaturalistas o que formulan las mismas exigencias que los jusnaturalistas. Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es jusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela "...depende". Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y jusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en

[8] M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese (Hobbes, Bentham, Austin)*, Milán, Giuffré, 1962. El siguiente apéndice está dedicado a analizar críticamente este libro.

lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.

Apéndice

Otras consideraciones acerca del positivismo jurídico*

La mayor parte de los juristas del último siglo, por lo menos en Europa, han sido positivistas sin saberlo. Se comenzó a hablar de una corriente más o menos definida de "positivismo jurídico", cuando ya los primeros opositores la daban como terminada o agotada. Después, con el renacimiento del jusnaturalismo, se ha hecho sentir cada vez con mayor intensidad la necesidad de limitar históricamente y definir conceptualmente la corriente opuesta del "positivismo jurídico"; en la disputa entre atacantes y defensores hay que saber, por un lado, qué es lo que se quiere destruir y, por otro, qué se quiere conservar. Desde hace unos años el positivismo jurídico –como en otras épocas el jusnaturalismo– se ha transformado en objeto de investigación histórica y de reflexión crítica. Limitándonos, por ahora, a lo que ha sucedido en Italia, se podría comenzar la fase de reflexión con el estudio de Francesco Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, publicado en 1951.[1] Pero el pri-

* "Ancora sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia* LIII, 1962, pp. 335-345.

[1] F. Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico", primeramente en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. I, 1951, pp. 281-300, ahora también en *Discorsi intorno al diritto*, Padua, 1953 II, pp. 241-261.

mer estudio donde se ha encarado directamente el problema, desarrollando un análisis histórico y dogmático del positivismo jurídico con el objeto de obtener una redefinición de la noción de "derecho positivo", ha sido el de Roberto Ago, *Diritto positivo e diritto internazionale*, publicado en 1957 y que ya ha sido ampliamente discutido.[2] A fines de 1959 un estudioso de la nueva generación publicaba una monografía completa (la primera en su género) sobre el pensamiento de John Austin y sobre los orígenes del positivismo jurídico.[3] Cuando en septiembre de 1960 se reunió en Bellagio un pequeño grupo de viejos y jóvenes filósofos del derecho, italianos y extranjeros, para discutir *point to point* la noción y la historia del positivismo jurídico, el tema había sido llevado al punto justo de cocción como para ser servido en un banquete de "gourmets" –aun cuando después el convite, tal vez demasiado abundante, terminó por saciar aun a los más sobrios–.[4] El artículo publicado por mí, *Sul positivismo giuridico*, surgió a raíz de aquel encuentro.[5] Y ahora se ha publicado, fruto mucho más conspicuo, nacido también en parte de aquella discusión (aunque madurado en otras partes), un buen libro de uno de los más jóvenes participantes de la reunión, M. A. Cattaneo, que se propone –como lo dice claramente después de las primeras frases– "contribuir al esclarecimiento de las discusiones filosófico-jurídicas relativas al problema de las relaciones entre jusnaturalismo y positivismo jurídico, y, en particular, al esclarecimiento y a una mejor y más precisa determinación del concepto de positivismo jurídico".[6]

[2] R. Ago, "Diritto positivo e diritto internazionale", en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Milán, Giuffré 1957, I, pp. 3-65.

[3] A. Agnello, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*. Publicación del Instituto di Science politiche dell'Università di Torino, Turín, Giappichelli, 1959.

[4] *Cf.* nota 5, cap. II.

[5] "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, pp. 14-34. Este trabajo, con algunas modificaciones, constituye el capítulo II de este libro.

[6] M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milán, Giuffré, 1962, p. III.

La obra tiene ante todo el mérito de haber sido presentada con un esquema muy claro. Partiendo de la observación metodológicamente correcta de que la exposición "positivismo jurídico" ha tenido a lo largo de su devenir histórico muchos significados, y que, por consiguiente, toda discusión acerca de las relaciones entre jusnaturalismo y positivismo jurídico y toda interpretación relativa a la afiliación de este o aquel escritor a una u otra corriente, presuponen la dilucidación de los diversos significados de las expresiones con las que aquellas corrientes son designadas, el autor se propone, en primer lugar, precisar los significados de positivismo jurídico que le parecen ser más importantes, para establecer, en segundo lugar, en cuál de esos sentidos los escritores estudiados (Hobbes, Bentham, Austin) –presentado el primero como el precursor, el segundo como el iniciador y el tercero como el constructor del positivismo jurídico en Inglaterra– pueden ser denominados verdaderamente positivistas.

En este apéndice pretendo ocuparme no ya de la interpretación histórica dada por Cattaneo acerca de los tres autores, sino exclusivamente de la interpretación de la noción de positivismo jurídico y de los diversos significados que se le atribuyen. Y hago esto con el fin de mostrar los puntos de convergencia y de divergencia con respecto a las consideraciones en torno del positivismo jurídico expuestas por mí en el artículo citado, y, eventualmente, de promover una discusión sobre los puntos de divergencia.

Cattaneo distingue, como lo he hecho yo (¿es siempre verdad que el tres es el número filosófico por excelencia?) tres significados de positivismo jurídico. Al hacer esta distinción parte de un trabajo de Ch. Eisenmann, en el que el autor, al plantear el problema de la influencia del derecho natural sobre la actividad del jurista, distinguía tres momentos de esta actividad: 1) el conocimiento del derecho

positivo; 2) la aplicación del derecho positivo a los casos controvertidos; 3) la creación legislativa; en otras palabras, la obra del jurista en cuanto científico del derecho, en cuanto juez y en cuanto legislador.[7] Análogamente Cattaneo ha considerado conveniente plantear el problema de los diversos significados de positivismo jurídico, refiriéndose a las consecuencias que suelen verificarse según que se considere la influencia del positivismo jurídico sobre la obra del jurista, del juez o del legislador.

Si tuviera que comenzar con una primera observación, completamente marginal, diría que la analogía entre el punto de partida de Eisenmann y el de Cattaneo es más bien frágil. En su trabajo -leído en un simposio sobre derecho natural- Eisenmann planteó el problema del papel que desempeña el derecho natural en las respectivas actividades del jurista, del juez y del legislador, excluyéndolo en el primer caso, admitiéndolo y excluyéndolo según las circunstancias en el segundo, admitiéndolo libremente en el tercero. Cattaneo, por el contrario, se plantea el problema no tanto del lugar que ocupa el derecho positivo en las respectivas actividades del jurista, del juez y del legislador, sino más bien de las consecuencias que implica la aceptación del positivismo jurídico en estos tres momentos de la actividad jurídica. Parece pues que Cattaneo no toma de Eisenmann otra idea que la de los tres planos de la investigación, aun cuando considera como uno de los problemas fundamentales un cuarto problema: el relativo al plano del ciudadano, que Eisenmann no había tocado. Por lo tanto, dejando de lado la relación con Eisenmann, que en lugar de aclarar más bien oscurece las cosas. Creo que es conveniente presentar el estudio de Cattaneo como un análisis de las ac-

[7] Ch. Eisenmann, "Le juriste et le droit naturel", en *Le droit naturel*, publicado por el Institut International de Philosophie politique, París, PUF, 1959, pp. 205-229.

titudes específicas que el positivismo jurídico sugiere, respectivamente, a aquellos que hacen de las normas jurídicas objeto de investigación, a aquellos que son los destinatarios de las normas jurídicas –o sea, que deben aplicarlas (los ciudadanos y los jueces)–, a aquellos que tienen la misión de crear normas jurídicas (los legisladores en el sentido más amplio de la palabra). Estas actitudes pueden resumirse de la siguiente manera: 1) en el plano del conocimiento, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que distingue el estudio del derecho que es del estudio del derecho que debe ser, e invita al jurista a considerar como derecho aquello que efectivamente es practicado en una sociedad, independientemente del hecho de que sea moralmente valioso; 2) en el plano de la aplicación, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que "afirma la existencia de un deber de fidelidad y de obediencia al derecho positivo independientemente del o aun a costa del deber de obediencia a las normas morales" (p. 21), e invita al ciudadano y al juez a obedecer incondicionalmente las leyes en tanto tales; 3) en el plano de la producción jurídica, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que niega que haya modelos absolutos de conducta que puedan inspirar al legislador, o sea, niega, en otras palabras, "la posibilidad de conocer y determinar racional y objetivamente los valores" (p. 31) y coincide, para decirlo brevemente, con el relativismo ético. No querría forzar la exposición de estos tres momentos, tal como ha sido formulada por Cattaneo, pero me parece que se podría expresarla también de esta manera: 1) en el primer sentido se entiende por positivismo jurídico la propuesta de un método para estudiar el derecho, o mejor, un cierto tipo de *approach* al estudio del derecho; 2) en el segundo sentido, el positivismo jurídico es lisa y llanamente una ideología, o sea, la propuesta de un criterio para distinguir el bien del mal, lo que se debe hacer de lo

que no se debe hacer, y si la palabra "ideología" no gusta, podemos decir que en este sentido el positivismo jurídico es un tipo de moral; 3) en el tercer sentido, el positivismo jurídico es, o mejor va acompañado por, o está fundado en, una teoría filosófica, especialmente en aquella teoría moral conocida con el nombre de relativismo ético.

Las observaciones que entiendo pueden hacerse a esta división tripartita son dos. La primera se refiere al tercer aspecto considerado por Cattaneo que, en mi opinión, no se encuentra en el mismo plano que los otros dos; la segunda se refiere a la falta de un aspecto que creo es característico del positivismo jurídico, además de los dos primeros, más aún, que es el más característico y que no ha sido considerado por Cattaneo. En otros términos, la primera observación trataría de poner de manifiesto que en aquella división tripartita hay algo que sobra; la segunda, que hay en ella algo que falta.

Que el tercer aspecto de la división tripartita propuesta por Cattaneo –el positivismo jurídico coincide con el relativismo ético– no se encuentra en el mismo plano que los otros dos, puede mostrarse de la siguiente manera. Es lícito decir que en el primer aspecto, el positivismo jurídico es, *en tanto método*, la propuesta de distinguir el derecho que es del derecho que debe ser; en el segundo aspecto, el positivismo jurídico es, *en tanto ideología*, la afirmación de que se debe obedecer a las leyes porque son leyes independientemente de su contenido; pero no es lícito decir que, en el tercer aspecto, el positivismo jurídico es, *en tanto filosofía moral*, relativismo ético. Y no es lícito por dos razones: 1) en ninguna de las múltiples acepciones de positivismo jurídico esta expresión es adoptada para indicar una filosofía moral o una teoría de la moral (sino, cuando más, una moral, precisamente una moral legalista, conforme al segundo significado); habrá que decir más correctamente que

aquella particular filosofía moral (o teoría de la moral) que es el relativismo ético acompaña o a menudo está ligada al positivismo jurídico, o aún más simplemente, que la mayor parte de aquellos que pueden ser considerados como juspositivistas en el primero y en el segundo significado, son también, en lo ético, relativistas; 2) aun admitiendo que por positivismo jurídico, en una de sus múltiples acepciones, se entienda una especie de filosofía moral, esta filosofía moral tan no es el relativismo ético, que un buen número de juspositivistas -en particular precisamente los más grandes representantes de esta corriente en Inglaterra, estudiados por Cattaneo- son partidarios de una filosofía moral objetivista (el utilitarismo), y por lo tanto no son relativistas. Habría que decir aquí que una de las razones del interés del libro de Cattaneo para el lector italiano, acostumbrado a través de Kelsen a vincular el positivismo jurídico con el relativismo ético, reside en la presentación de una corriente de pensamiento, como es la del positivismo jurídico inglés, en la que positivismo jurídico y relativismo ético están claramente separados.

Se puede desarrollar el argumento también de esta manera: hablando de los dos primeros aspectos del positivismo jurídico, Cattaneo ha distinguido dos significados de la expresión "positivismo jurídico"; al pasar al tercer aspecto, por el contrario, no ha presentado un tercer significado de positivismo jurídico, sino que se ha limitado a mostrar la concomitancia[8] entre el complejo fenómeno del positivismo jurídico, en todos sus aspectos conocidos, y una filosofía moral, como es el relativismo ético. Mien-

[8] Kelsen, después de haber dicho que la *Reine Rechtslehre* es *Rechtspositivismus* (en Kelsen la expresión "positivismo jurídico" tiene el primero de los significados expuestos por Cattaneo) agrega: *Rechtspositivismus geht Hand in Hand mit Relativismus* ("Was ist die Reine Rechtslehre?" en *Demokratie und Rechtsstaat*. Festgabe zum 60. Geburtstag vo Zaccaria Jacometti, 26 de septiembre de 1953, p. 153) [trad. esp. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología, II. Córdoba, 1958].

tras que con respecto a las dos primeras formas de positivismo jurídico se puede también decir que son dos tipos de positivismo jurídico, decir, como nuestro autor, que en la coincidencia que, según él, existe entre juspositivismo y relativismo ético ha individualizado "un tercer tipo de positivismo jurídico" (p. 32), equivale a sostener que el relativismo ético es un tipo de positivismo jurídico. Dicho de otra manera: la práctica constante de la distinción entre el estudio del derecho como es y el estudio del derecho como debe ser (positivismo jurídico en el primer significado), o la creencia de que las leyes deben ser obedecidas en tanto tales (positivismo jurídico en el segundo significado), bastan por sí solas para permitir atribuir a un autor el título de juspositivista, mientras que la adhesión al relativismo ético no basta por sí sola para considerar a un jurista como partidario del positivismo jurídico. Por consiguiente, la primera y la segunda definición son caracterizaciones suficientes del positivismo jurídico; la tercera es una caracterización insuficiente, y por lo tanto no sirve para definir globalmente, como las otras dos, el fenómeno que se quiere describir, sino, cuando más, uno de sus caracteres –que por otra parte no es esencial o, por lo menos, solo lo es según una interpretación propia del positivismo jurídico en el segundo significado, esto es, en tanto ideología, pero no esencial al positivismo jurídico en el primer significado, o sea, en tanto método.

Cuando digo que los tres fenómenos descritos por Cattaneo bajo el nombre de tres formas diversas de positivismo jurídico no están situados en un mismo plano, no quiero decir que no tengan nada en común. Obsérvese bien, sin embargo, que lo que tienen en común es su opuesto: son tres modos diversos de cómo se presenta la oposición al jusnaturalismo. La insistencia en la separación entre el derecho como es y el derecho como debe ser, es una forma de oposición

a la teoría jusnaturalista que reduce la validez del derecho a la justicia; la afirmación de que las leyes deben ser obedecidas en tanto tales, se opone a la teoría jusnaturalista según la cual existe una obligación moral de obedecer solo a las leyes justas; y finalmente la teoría de la relatividad de los valores es la antítesis más clara de la creencia en la objetividad de los valores, propia del jusnaturalismo en todas sus principales acepciones. Pero del hecho de que las tres sean formas de oposición al jusnaturalismo no se deduce que las mismas sean formas de positivismo jurídico. Si llamamos, según el uso corriente, formas de positivismo jurídico a aquellas en las que al primado del derecho natural se contrapone el primado o mejor la exclusividad del derecho positivo,[9] no se comprende por qué razón se puede llamar forma de positivismo jurídico al relativismo ético, que se contrapone al jusnaturalismo no por lo que éste afirma acerca del primado del derecho natural, sino por la defensa que el mismo hace del carácter absoluto de los valores, y combate al derecho natural en el plano de la contraposición no ya entre derecho natural y derecho positivo, sino entre valores absolutos y valores relativos.

Finalmente, aun aceptando el punto de vista del autor, que considera que se pueden definir las diversas formas de positivismo jurídico partiendo del problema de las relaciones entre derecho y moral, ello induce a concluir, me parece, que el tercer tipo de positivismo jurídico es espurio. En realidad, mientras es lícito referirse a la separación entre derecho y moral para ilustrar el primer significado de positivismo jurídico; y es habitual referirse a la confusión entre obligación moral y obligación jurídica para ilustrar el segundo, no se comprende con qué justificación se pueda

[9] Para una definición de jusnaturalismo y de positivismo jurídico, que puede aclarar este punto, *cf.* cap. III.

hablar de separación o de confusión entre derecho y moral cuando se cuestiona la distinción entre objetivismo ético y relativismo ético, que representan dos direcciones diversas de filosofía moral, de las cuales, lo más que se puede decir, con respecto al positivismo jurídico, es que los partidarios de este último a menudo sustentan la segunda, pero no la primera.

Con esta primera observación he intentado mostrar que no me parece claramente comprensible un tercer significado de positivismo jurídico en la dirección intentada por Cattaneo. Pasando a la segunda observación, trataré de mostrar que, por el contrario, generalmente se utiliza un tercer significado de positivismo jurídico que Cattaneo ha descuidado. Agregaré que, en mi opinión, es aquel que es mucho más común y relevante en la tradición jurídica continental. Muy probablemente el autor no se ha detenido aquí porque ha examinado exclusivamente la tradición filosófica jurídica inglesa en la cual el significado de positivismo jurídico que prevalece es el que corresponde al primero de los significados expuestos.

Para abreviar, diré que este tercer significado de positivismo jurídico es aquel que en otra oportunidad he llamado positivismo jurídico como *teoría* (ver cap. II), algo más que un método (primer significado según Cattaneo), algo menos que una ideología (segundo significado). Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella teoría del derecho que en otras épocas[10] ha sido llamada *estatal-legalista* y que está caracterizada por la afirmación de la preeminencia del derecho del Estado sobre el derecho de todo otro ordenamiento, y por la afirmación de la preeminencia de las leyes sobre cualquier otra fuente de derecho. Algo más que un método: en esta acepción, en realidad, positivismo jurídico

[10] *La consuetudine come fatto normativo*, Padua, Cedam, 1942, p. 3.

no significa solo cierto modo de acercarse al estudio del derecho, sino un conjunto complejo y sistemático de afirmaciones alrededor del derecho que se han ido formando en cierto clima intelectual y social, es decir, por influencia de determinadas corrientes filosóficas y de determinados desarrollos históricos. Algo menos que una ideología: la teoría estatal-legalista representa pura y simplemente una reconstrucción conceptual de ciertos fenómenos históricamente relevantes (entre ellos, el más importante de todos –y frente al cual hubiese sido un desatino dejarlo pasar inadvertido– la monopolización de la creación del derecho por parte del Estado), y no implica ni una exaltación del Estado como órgano de la eticidad ni la afirmación de que las leyes del Estado deban ser obedecidas en tanto tales.

En un reciente curso universitario[11] he creído poder individualizar algunos caracteres recurrentes de la teoría positivista del derecho, en relación con los siguientes puntos: 1) la definición del derecho; 2) la teoría de la norma jurídica; 3) la teoría de las fuentes del derecho; 4) la teoría del ordenamiento jurídico; 5) la teoría de la interpretación y de la ciencia jurídica. Aquí los retomo con algunas precisiones. Por lo que respecta a la definición del derecho, es característica de la teoría positivista una concepción voluntarista del derecho *(stat pro ratione voluntas)*, y una identificación de la voluntad creadora del derecho con la voluntad del soberano político (en definitiva, una reducción total del derecho al derecho estatal, vinculada con la aludida importancia de la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado). Por lo que respecta a la concepción de la norma jurídica, el positivismo jurídico ha sido a menudo identificado (a partir de Austin y tal vez por influencia su-

[11] *Il positivismo giuridico* (discurso litografiado), publicado por N. Morra, Rotino, Cooperativa Universitaria, 1961.

ya), con el imperativismo (las normas jurídicas son mandatos). La teoría de las fuentes del positivismo jurídico está caracterizada por la sobreestimación de la ley y la subestimación del derecho consuetudinario y del derecho judicial. Con referencia al conjunto de las normas de un sistema jurídico dado, al que se ha atribuido el nombre de orden jurídico, el positivismo jurídico ha elaborado y definido estrictamente el llamado dogma de la plenitud (ausencia de lagunas) y en forma secundaria, también el de la coherencia (ausencia de antinomias). Finalmente, la teoría de la interpretación característica del positivismo jurídico es aquella según la cual la tarea primera del jurista o del juez es la de declarar el derecho preexistente y no la de crear reglas nuevas, y el método de la interpretación está constituido preferentemente por operaciones lógicas. No quiero decir que una teoría deba contener todos estos puntos para que pueda ser considerada como positivista. Me limito a decir que las teorías que suelen llamarse positivistas contienen a menudo más de uno de ellos. Por otra parte, existe entre estos puntos una cierta conexión, aun cuando de hecho no sea siempre reconocida y no se extraigan siempre de ella las debidas consecuencias. De la afirmación de que el derecho es la expresión de una voluntad dominante, se deduce la teoría que ve en el positivismo jurídico exclusivamente mandatos; la consideración de la norma jurídica como mandato o imperativo conduce a subestimar las fuentes del derecho que mal pueden ser definidas en términos de mandato, tales como el derecho consuetudinario y el derecho científico, y a dar la palma al derecho legislativo, y subordinadamente también al derecho judicial, relegado a derecho secundario por el dogma de la omnipotencia del legislador. A su vez, el dogma de la omnipotencia del legislador funda la plenitud y la coherencia del sistema; y la plenitud y la coherencia del sistema son uno de los presupuestos para la teoría del

juez autómata y, más en general, para la consideración de la actividad del intérprete como actividad esencialmente lógica.

Si se me pregunta de dónde he sacado estas características, responderé que las mismas surgen con bastante claridad de la literatura polémica, esto es, de aquellos escritores que por un flanco u otro han combatido el positivismo jurídico y que para combatirlo han debido de una u otra manera afinar la puntería y precisar el blanco. Para recoger todos los aspectos del positivismo jurídico hay que tomar en consideración no solo la literatura polémica de la parte jusnaturalista, sino también aquella que proviene de las corrientes realistas y sociológicas -en general antiformalistas y antinormativistas. Naturalmente no es necesario limitar el estudio del positivismo jurídico -como parece haber querido hacerlo Cattaneo- tomando como único punto de vista el problema de la distinción entre derecho y moral; este problema permite aprehender la distinción entre derecho positivo y derecho natural, pero no aquella sobre la que han insistido todas las corrientes antipositivistas, es decir, la distinción entre una visión restringida (formalista) y una visión amplia (realista) del derecho positivo.

Si se quisiera aducir algunos testimonios se podría comenzar recordando que uno de los mayores y mejores documentos de la batalla antipositivista está representado por la obra de Ehrlich, *Die juristische Logik,* en la que la doctrina combatida es descrita a través de estas tres características:

> La premisa mayor (del juicio jurídico) debe ser siempre una norma jurídica; la norma jurídica debe poder ser siempre referida al Estado y todas las normas jurídicas del derecho vigente constituyen una unidad, lo que coloca al juez totalmente al servicio del autor ideal del sistema, del legislador ficticio que personifi-

ca la voluntad colectiva del Estado, que toda decisión judicial debe valer esencialmente como decisión del legislador.[12]

En estas pocas líneas aparecen al menos cuatro de los cinco puntos mencionados más arriba: el carácter estatal del derecho, la plenitud del ordenamiento jurídico, la supremacía de la ley, la interpretación como operación lógica. Para no alargar demasiado la documentación, por otra parte no difícil, nos limitamos a citar un testimonio característico de cada uno de los cinco puntos.

Para la identificación de positivismo jurídico con estatismo, véase el trabajo ya citado de Ago. Con Austin primeramente, con la doctrina germánica después, "se difunde tan ampliamente aquella dirección de pensamiento que reduce al mismo *positivismo jurídico a un mero voluntarismo estatal;* y se crea aquel mito de la voluntad del Estado como origen único del derecho que tiene raíces profundas en la doctrina de los diversos países".[13] Con respecto a la identificación de positivismo jurídico y teoría de la norma como mandato, Larenz, después de haberse referido a la teoría que reduce las leyes a un acto de voluntad o a un mandato, comenta, en una nota: "Así solo lo considera el *positivismo*".[14] Con respecto a la identificación de positivismo jurídico con la supremacía de la ley y con la exaltación de esta supremacía en el "codicismo", está todo en el balance ya recordado de Carnelutti, en donde por instancia positivista se entiende aquella concepción del derecho, según la cual "el derecho es aquello que se ve, es decir, las leyes que se leen en los códigos o en general en los documentos en que están escritas".[15] Pero no querría olvidar la autori-

[12] E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tubingia, 1918, p. 3.

[13] R. Ago, *Diritto positivo e diritto internazionale*, cit. pp. 46-47.

[14] K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1960, p. 240.

[15] F. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, cit. p. 288.

zada opinión de Hans Welzel, según el cual textualmente: "la doctrina de la omnipotencia del legislador es el característico pecado original del positivismo jurídico".[16] Positivismo jurídico y plenitud del ordenamiento están juntos en la definición del positivismo jurídico dada por Radbruch: "El positivismo jurídico es aquella tendencia en la ciencia del derecho que, partiendo del derecho positivo, con medios puramente intelectuales, sin un sistema propio de valores, piensa poder encontrar una respuesta a toda pregunta jurídica".[17] Para aquel que considera finalmente la identificación de positivismo jurídico con la teoría del juez autómata habría solo la dificultad de la elección, ya que esta opinión se ha convertido en el lugar común de toda la polémica antipositivista. Consideraremos estas pocas líneas muy precisas de Coing: "El positivismo... pone cada vez más de relieve la circunstancia de que el juez está sometido a la ley; ve en el juez el ejecutor de la ley que debe ser aplicada, dentro de lo posible, de modo mecánico y sin un examen crítico".[18]

---

[16] H. Welzel, "Naturrecht und Rechtspositivismus", en *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Gotinga, Verlag Otto Schwartz, 1953, p. 290. [Este trabajo ha sido publicado en Hans Welzel, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología, 5, Córdoba, 1962].

[17] G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, traducción italiana, Turín, Giappichelli, 1959, p. 183. Análogamente F. Wieacker, que después de haber distinguido el positivismo científico del positivismo legislativo, define el primero de esta manera: "Una visión del derecho que deduce todas las normas y las decisiones jurídicas del complejo de conceptos y de las doctrinas de la ciencia jurídica sin atribuir poder de creación o modificación del derecho a valorizaciones extrajurídicas, esto es, religiosas, ético sociales (o también jusnaturalistas), o ideológicas (por ejemplo, socialistas) o a finalidad económica o sociológica, es decir, sin darles ninguna importancia para el *ethos*, sino tan solo para la conciencia de jurista" (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga, 1952, p. 253).

[18] H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950, p. 246.

Este positivismo jurídico como teoría podría llamarse "positivismo jurídico en sentido estricto" para distinguirlo sea del positivismo jurídico como método, que podría llamarse "positivismo jurídico en sentido lato" (porque abarca también las teorías realistas del derecho que, respecto de la teoría general del derecho, son antipositivistas) sea del positivismo jurídico como ideología, que podría llamarse más propiamente "positivismo ético". El que al lado del positivismo jurídico en sentido lato y del positivismo ético existan algunos caracteres que distinguen una teoría positivista en sentido estricto, no lo desconoce ni siquiera el mismo Cattaneo cuando dice, por ejemplo, que sobre la base de la concepción de la ley como imperativo, Hobbes puede considerarse positivista (p. 48) y lo mismo repite con respecto a Bentham (p. 135); o bien que Hobbes puede ser colocado en los orígenes del positivismo jurídico inglés también por su concepción de la ley como mandato y por la teoría de la soberanía; o aun que es propio del positivismo jurídico sostener que la "tarea del juez consiste solo en la aplicación del derecho y no en la creación del mismo" (p. 258). Solo que no ha tratado, por una razón que no resulta clara en la exposición, de extraer los aspectos singulares de esa teoría y hacer de ella una *species* autónoma. Esta falta ha inducido a Cattaneo a formular juicios históricos que no parecen del todo correctos y lo ha privado de una categoría útil para la interpretación y la clasificación de los mismos autores estudiados. Con respecto al positivismo jurídico continental, por ejemplo, afirma que está caracterizado principalmente, a diferencia del inglés, por la aceptación de la ideología positivista y del relativismo ético (p. 297). Pero, sin excluir que los sostenedores continentales del positivismo jurídico han mostrado alguna condescendencia hacia la teoría de la obediencia a la ley en cuanto ley y han abrazado a menudo el relativismo ético, es sin embargo –como lo

hemos visto– opinión corriente entre los mismos adversarios que el positivismo jurídico continental se identifica más bien con una teoría particular del derecho, cuyos caracteres hemos analizado brevemente. Por el contrario, con respecto al positivismo jurídico inglés, nuestro autor sostiene que el mismo está caracterizado solo por la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Esta caracterización no es equivocada, pero me parece genérica. Los mismos autores estudiados por Cattaneo, Hobbes, Bentham, Austin, son en éste o en aquel aspecto positivistas en sentido estricto, y, por consiguiente, positivistas en *la misma medida en que los juristas continentales* que suelen llamarse positivistas. En Hobbes encontramos una teoría voluntarista del derecho, una teoría imperativista de la ley, una sobrevaloración de las leyes sobre las otras fuentes, una teoría declarativa de la interpretación judicial; en Bentham, una teoría imperativa del derecho, un verdadero fetichismo de la ley que apunta a un exagerado "codicismo", una crítica insistente del derecho judicial, la exigencia de la plenitud del orden jurídico como condición para eliminar el poder creador del juez; en Austin, una de las concepciones voluntaristas e imperativas del derecho más rigurosas de las hasta entonces sostenidas, y como en Bentham –aunque de otra forma pero con los mismos motivos– el espejismo de la codificación como remedio para el desorden y la arbitrariedad del derecho judicial. En mi opinión, considerar a estos tres autores como positivistas solo por el método empleado (positivismo en sentido amplio) y no también por el tipo de teoría elaborada y defendida (positivismo en sentido estricto) crea dos inconvenientes: en primer lugar no permite ver los nexos estrechos que existen –y que ya han sido destacados eficazmente– entre positivismo jurídico continental y positivismo jurídico inglés con respecto a la solución dada a

algunos de los más importantes problemas de la teoría general del derecho; en segundo lugar, no permite dar el debido relieve a la afinidad específicamente jurídica que existe entre los tres autores (estatismo, voluntarismo, imperativismo, legalismo), a más de la específicamente filosófica (empirismo, utilitarismo, objetivismo ético, etc.), con la consecuencia de que, desde el punto de vista jurídico, limitada su novedad al tipo de *approach* al estudio del derecho, ellos no se diferencian de todos los juristas, pertenecientes a las escuelas más diversas, desde la histórica a la neorrealista, que han refutado la confusión entre juicios de hecho y juicios de valor, y que, sin embargo, han polemizado continuamente con teorías del derecho del tipo de las que Hobbes, Bentham y Austin representan típicamente en la historia del pensamiento jurídico.

Bibliografía

La presente lista indica algunos libros y artículos que tienen relevancia para la *actual* polémica entre positivistas y jusnaturalistas (apartado A), y algunas obras *recientes*, representativas de una y otra posición (apartados B y C). Se ha dado preferencia a los trabajos que han sido traducidos al castellano.

A) LA POLÉMICA ENTRE POSITIVISTAS Y JUSNATURALISTAS

Carrió, Genaro R., "Nota sobre la visita de Alf Ross", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-IV, pp. 205-220.

Cossio, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, pp. 150-170.

Fuller, Lon L., "Positivism and fidelity to law - a reply to Professor Hart", en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 630-672.

Gioja, Ambrosio L., "La ciencia jurídica positiva y el jusnaturalismo", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV.

Hart, H. L. A., "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-629; [trad. esp. de Genaro R. Carrió, "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral" en *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962].

——— *Law, liberty and morality*, Londres, Oxford University Press, 1963.

Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos* Buenos Aires, Losada, 1946.

——— *Was ist Gerechtigkeit?*, F. Deutike, Viena, 1953 [trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés], *¿Qué es la justicia?*, Córdoba, 1956.

——— "Naturrechtslehre und Rechtspositivismus" "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico" [trad. esp. de Eugenio Bulygin], en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV, p. 8 y ss.

——— y otros, *Le droit naturel*. París, 1959, Annales de philosophie politique III.

Nakhnikian, George, "Contemporary ethical theories and jurisprudence", en *Natural Law Forum*, vol. 2, núm. I, 1957, pp. 4-40 [trad. esp. de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió, "Teorías éticas contemporáneas y la jurisprudencia", en prensa].

Radbruch, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Rechts", en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. y ss., incluido en Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1956, 5ª ed., pp. 347-357; [trad. esp. de María Isabel Azaretto de Vásquez, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962].

——— *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960 [trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Córdoba, 1963].

Ritter, Klaus, *Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*, Witten, 1956.

Ross, Alf, "Validity and the conflict between legal positivism and natural law", "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el de-

recho natural" [trad. esp. de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero], en *Revista Jurídica de Buenos Aires Aires*, 1961-IV, p. 46 y ss.
Silving, Helen, "Positive Natural Law", en *Natural Law Forum*, vol. 3, núm. 1, 1958, pp. 24-43 [trad. esp. de Genaro R. Carrió, "Derecho natural Positivo", en prensa].
_____ "The twilight zone of positive and natural law", ral law", en *California Law Review*, vol. 43, 1955, núm. 3 [trad. esp. de Genaro R. Carrió, "La zona gris entre el derecho positivo y el derecho natural", en prensa].
Vilanova, José M., "Idea y realidad del derecho natural", en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 1952.
Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico* [trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, 1962].
Würtenberger, Thomas, "Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart", *Juristenzeitung*, 1955 [trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés, "El derecho natural y la filosofía actual", en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Segunda Serie, núm. 2-3, 1960].

B) POSITIVISMO JURÍDICO

Cohen, Felix S., "Trascendental Nonsense and the functional approach", *Columbia Law Review*, vol. XXXV, núm. 6 1935 [trad. esp. de Genaro R. Carrió, *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962
Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press 1961 [trad. esp. de Genaro R. Carrió, *El concepto de del cho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963]. Comentario crítico de Alf Ross en *Yale Law Journal*, vol. 71, 196 pp. 1185-90.

Holmes, Oliver Wendell, *The path of the law* [trad. esp. de Carlos A. Garber, *La senda del derecho*, BuenosAires, Abeledo Perrot, 1959].

——— *The Common Law* [trad. esp. de Fernando Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964]

Hughes, Graham, "The existence of a legal system", en *New York University Law Review*, vol. 35, núm. 5, 1960, p. 1001 y ss.

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Viena, 1960, ——— 2ª ed., [trad. esp. de Julio Barberis, en preparación; Eudeba].

——— *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, [trad. esp. de Eduardo García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1949].

What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Berkely y Los Ángeles, 1957. Comentario crítico de Alf Ross en *California Law Review*, vol. 45, 1957, pp. 564-570.

Olivecrona, Karl, *Law as fact*, Oxford University Press, 1939 [trad. esp. de Jerónimo Cortes Funes, *El derecho como hecho*, Buenos Aires, Depalma, 1959].

Ross, Alf, *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in law*, Copenhague, 1946 [trad. esp. de Julio Barboza, *Hacia una ciencia realista del derecho (Crítica del dualismo en el derecho)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961]. Comentario crítico de Jerome Hall en *Harvard Law Review*, vol. 63, 1949, p. 18.

——— *On law and Justice*, Stevens, Londres, 1958 [trad. esp. de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963]. Comentarios críticos de Hans Kelsen en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, pp. 1-25; H. L. A. Hart en *The Cambridge Law Journal*, 1959, pp. 233-40.

C) JUSNATURALISMO

Brunner, Emil, *Gerechtigkeit* Zurich,1943 [trad. esp. de Luis Recaséns Siches, "La Justicia", México, 1961].

Coing, Helmuth, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950 [trad. esp. de Juan Manuel Mauri, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ariel, 1961].

D'Entrèves, A. P., *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Londres, 1951.

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964. Comentario crítico de H. L. A. Hart en *Harvard Law Review*, vol. mayo, 1965.

Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia, dikelogía*, Madrid, Aguilar, 1958.

Messner, Johannes, *Das Naturrecht*, 4ª ed., Innsbruck, 1960.

Rommer, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr Naturrechts*, 2ª ed., Munich, 1947.

Wolf, Erik, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955 [trad. esp. de Manuel Entenza, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960].

Para una bibliografía completa sobre el Derecho Natural véase *Naturrecht oder Rechtspositivismus*? editado por Werner Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstad 1962, que contiene todos los libros y artículos aparecidos entre 1945 y 1960.

Índice de autores citados

Índice

III

Jusnaturalismo y positivismo jurídico

Apéndice

Esta obra se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V.,
Av. Hidalgo No.47-2, Colonia del Carmen, Deleg. Coyoacán, 04100,
México D. F., en agosto de 2007.
El tiraje fue de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.